

موجز

الأحكام العامة للإلتزام

(فى القانون المدنى المصرى)

دكتور

محمد شكرى سرور

أستاذ القانون المدنى

بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

وكيل الكلية ورئيس قسم القانون المدنى (الأسبق)

المحامى بالنقض والمحكّم الدولى

والحائز على جائزة الدولة فى القانون المدنى

الطبعة الثانية (مزيدة ومنقحة)

٢٠٠٨

الناشر

دار النهضة العربية

موجز

الأحكام العامة للإلتزام

(فى القانون المدنى المصرى)

الطبعة الثانية

(مزيدة ومنقحة)

دكتور

محمد شكرى سرور

أستاذ القانون المدنى

بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

وكيل الكلية ورئيس قسم القانون المدنى (الأسبق)

والمحامى بالنقض والمحكّم الدولى

والحائز على جائزة الدولة فى القانون المدنى

الناشر

دار النهضة العربية

٢٠٠٨



بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

تنفيذ الالتزام (وجوبه . أنواعه . مدى إمكان الجبر عليه) :

١- منطقياً ، ينشأ الالتزام لينفذ ، شاء المدين هذا التنفيذ أم لم يشأ ، حين يمكن للدائن ، فى الفرض الأخير ، أن يجبره أو يقهره على التنفيذ [١] . وعلى ذلك صراحة نص المادة ١٩٩ مدنى التى تقضى بأن « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » [٢] . وهكذا فإن الأثر الوحيد الذى يتصور أن يترتب على الالتزام . إنما هو وجوب تنفيذه [٣] . هذا التنفيذ الذى قد يتم اختياراً ، وإلا فجبراً ، أو قهراً .

ولما كان المبدأ فى الشرائع الحديثة هو عدم جواز القصاص للنفس ،

---

(١) مع استثناء ، فى هذا الشأن نصت عليه بعض التشريعات المقارنة ، فى خصوص الالتزامات الناشئة عن عقود الاستهلاك (وهى العقود التى تبرم بين المهنيين والمستهلكين قصد الحصول على المنتجات أو الخدمات) ، سوف نعرض له فى نهاية هذا الباب . انظر لاحقاً ص وما بعدها ، بند وما بعده .

(٢) كذلك ، وفى نفس المعنى ، تقضى المادة ٢٠٣ مدنى بأن « يجبر المدين ... على تنفيذ التزامه ... » .

(٣) وفى هذا يختلف أثر الالتزام ، كما هو واضح ، عن أثر العقد . فهذا الأخير يمكن أن يرتب آثاراً متعددة : قد تكون نشأة التزام لم يكن موجوداً من قبل ، أو انتقال التزام موجود ، أو تعديل هذا الالتزام ، أو انقضائه . انظر فى هذا المعنى : د . محمود جمال الدين زكى . الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات . ط/٣ – ١٩٧٨ بند ٣٦٤ ، وانظر فى وجه آخر للتفرقة بين أثر الالتزام وأثر العقد : د . عبدالفتاح عبدالباقى : دروس أحكام الالتزام ص٦ هـ١ .

يكون المقصود بالقهر فى هذا الصدد ، هو القهر العام [1]، فى معنى أن بوسع الدائن أن يستعين بالسلطة العامة لجبر مدينه على التنفيذ .

كما أنه بالنظر إلى أن ضمان الدائن أصبح فى العصر الحاضر يرد على أموال مدينه فحسب ، يكون المقصود بالقهر هنا ، هو القهر المالى؛ إذ لم يعد فى الحقيقة للإكراه البدنى الذى كان سائداً فى العصور القديمة [2] من وجود إلا فى حالات أو تطبيقات استثنائية قليلة تكاد تنحصر فى مجالين :

(الأول) : ديون النفقات الشرعية والأجور وما فى حكمهما ، طبقاً للمادة ٧٦ مكرر من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ التى تنص على أنه : « إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها ، جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التى أصدرت الحكم أو التى يجرى التنفيذ بدائرتها ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالأداء ولم يمتثل، حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً » [3][4][5] .

---

(١) فى هذا المعنى :

MAZEAUD (H .L .J) : Leçons de droit civil T . 2; 5 éd . 1973 par JUGLART . No 932 P . 910 .

(٢) راجع فى أصل فكرة الإكراه البدنى ، وتطورها : د . سليمان مرقس موجز الالتزامات ١٩٦١ بند ٦٠٥ ، ٦٠٦ .

(٣) حيث يكون الحكم الصادر بالحبس – لامتناع المدين بهذه الديون عن سدادها – حكماً نهائياً ، لا يُغنى عن نهائيته ، كونه يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون .

(٤) ومن قبلها كانت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أيضاً ، تنص على الإكراه البدنى (بالحبس) للإجبار على تنفيذ الأحكام الصادرة فى النفقات أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن (مع بعض الفوارق فى الأحكام) .

(٥) وتضيف : =

وينفّذ الحكم بالحبس على المدين بأيّ من هذه الديون ولو كان المحكوم له (الدائن) يستطيع الحصول على حقه عن طريق آخر على مال المحكوم عليه [1] .

ولا يقي المحكوم عليه ، من تنفيذ الحبس عليه ، أن يفي بجزء من المبالغ التي صدر عليه الحكم بالحبس من أجلها [2] . بل ويجوز حبس الملتزم بهذه الديون أكثر من مرة عن المبالغ التي يستجد استحقاقها عليه بعد

= « فإذا أدى المحكوم عليه ما حُكم به أو أحضر كفيلاً يقبله الصادر لصالحه الحكم ، فإنه يُخلى سبيله ، وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له في التنفيذ بالطرق العادية .

« ولا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفذ الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى » .

(ملحوظة : والمادة ٢٩٣ عقوبات المشار إليها [معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢] تنص على أن :

« كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين .... وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة . وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد في ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة ») .

(١) كما تسري أحكام الحبس في هذه الديون على الملتزمين بها ، مسلمين كانوا أم غير مسلمين ، أشخاصاً عاديين أم موظفين عموميين .

(٢) راجع : المستشار محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء (الأحوال الشخصية ج٢) ص٤٨٦ بند ٢٢٥ .

الحكم بالمبالغ التى سبق أن حُبس من أجلها [1] .

إنما لا تسرى الأحكام السابقة ، على الملتزمين بهذه الديون إن كانوا قُصّرا أو عديمو أهلية [2] . كما أنها تقتصر على الملتزم الأصلى بهذه الديون[3][4] .

ويشترط للحكم بالحبس فى دين من الديون سابقة الإشارة :

١- صدور حكم بهذا الدين ، سواء بأصل النفقة أو بزيادتها .

٢- أن يكون هذا الحكم نهائياً [5] .

٣- أن يثبت لدى المحكمة امتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم . هذا الامتناع الذى كما يمكن أن يكون صريحاً يمكن أيضاً

---

(١) محمد عزمى البكرى ، المرجع السابق ص٤٢٦ بند ٢٠٤ .

(٢) محمد عزمى البكرى ، المرجع السابق ص ٤٥٩ بند ٢٠٠ .

(٣) فلا تسرى على الكفيل المقتدر (وهو الشخص الذى يقدّمه المحكوم عليه بالحبس فيُخلى ، على أثر ذلك ، سبيله) إن امتنع هذا الكفيل عن سداد الدين ، وإنما ينفّذ الحكم على أموال ذلك الكفيل .

(٤) وإذا نُفّذ الإكراه البدنى على شخص وفقاً للمادة ٧٦ مكرر (من قانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ سابق الإشارة) ثم حكمت عليه المحكمة بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ، استُنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها ، فإذا حكم عليه بغرامة خُفّضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه عليه (الفقرة ٣ من المادة ٧٦ مكرر سابقة الإشارة . راجع فى ذلك ، محمد عزمى البكرى ص٤٨٢ بند ٢٢١ .

(٥) وعلة اشتراط نهائيته « أن الحبس يضر بمن يقع عليه ضرراً غير قابل للتعويض » ولم يُجَز « إلا لضرورة خاصة فلا يجوز توقيعه إلا إذا كان السبب الموجب له غير قابل للزوال » محمد عزمى البكرى ص٤٥٥ نقلاً عن منشور الحقانية رقم ١٦٩٥ فى ١٧ مارس سنة ١٩١١ .

أن يكون ضمنياً [1] .

٤- أن يكون المحكوم عليه قادراً على تنفيذ الحكم الصادر ضده[2][3][4] .

(الثاني) : الديون المتمثلة فى بعض المبالغ التى يقضى بها للحكومة

---

(١) وهو ما يُستفاد مثلاً من سكوته عن أداء النفقة بعد إعلانه بالحكم الصادر فيها .

(٢) وشرط القدرة على التنفيذ « منوط بيسار المحكوم عليه بحيث يكون فى استطاعته الوفاء بالنفقة المحكوم بها وفقاً للحكم المنفذ به » محمد عزمى البكرى ص٤٥٦ نقلاً عن منشور للحقانية رقم ٢٢٦٢ فى ٢٤ فبراير سنة ١٩١٢ .

(٣) وعبء إثبات القدرة على الوفاء بالنفقة المحكوم بها يقع – طبقاً للقواعد العامة – على عاتق المحكوم له بها « لأن الأصل فى الإنسان الفقر » . محمد عزمى البكرى ص٤٥٧ .

وتعتبر قدرة المحكوم عليه على تنفيذ الحكم ، من المسائل الموضوعية التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع .

ويكون الإثبات فى هذه الخصوصية من الدعوى « قائماً بذاته ومنفصلاً عن الإثبات الذى تمّ أمام المحكمة التى أصدرت حكم النفقة موضوع دعوى الحبس (فقد تطلّب نص المادة ٧٦ مكرراً أن يثبت من جديد أمام المحكمة قدرة المحكوم عليه على القيام بأداء ما حكم به) . وعلى هذا لا يكون حكم النفقة دليلاً بذاته على اليسار أمام قاضى الحبس ، لأن حالة الشخص من حيث اليسار أو الإعسار من الأمور القابلة للتغيير » .

« ويجب أن تبين المحكمة الأساس الذى استظهرت منه قدرة المحكوم عليه وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور فى التسبيب » . محمد عزمى البكرى ص٤٥٧ .

(٤) لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن راجع : محمد عزمى البكرى ، الصفحات من ٤٣٩ إلى ٤٨٨ البنود من ١٩٣ إلى ٢٢٧ ، فتحى عبدالصبور : الحكم بالحبس لدين النفقة (صدوره وطبيعته والإشكال فيه) بحث منشور بالمجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية ، العدد ٣ س٦١ ، سبتمبر ١٩٦٤ ص ٨٩٩ وما بعدها .

ضد مرتكب الجريمة ، كالغرامة والمصاريف والرد والتعويضات ، طبقاً للمادة ٥١١ إجراءات جنائية (معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢) » [١] .

إنما « لا يجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدنى على المحكوم عليهم (بهذه المبالغ) ، الذين لم يبلغوا من العمر خمس عشرة سنة كاملة وقت ارتكاب الجريمة ، ولا على المحكوم عليهم بعقوبة الحبس مع وقف التنفيذ [٢][٣] .

---

(١) فتقضى هذه المادة بأنه : « يجوز الإكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون هذا الإكراه بالحبس البسيط ، وتقدّر مدته باعتبار يوم واحد عن كل مائة قرش أو أقل .

ومع ذلك ، ففى مواد المخالفات لا تزيد مدة الإكراه على سبعة أيام للغرامة ، ولا على سبعة أيام للمصاريف وما يجب رده والتعويضات .

وفى مواد الجنح والجنايات لا تزيد مدة الإكراه على ثلاثة أشهر للغرامة وثلاثة أشهر للمصاريف وما يجب رده والتعويضات » .

(٢) مادة ٥١٢ إجراءات جنائية .

(٣) كما يتعين مراعاة أحكام المواد من ٤٨٥ إلى ٤٨٨ إجراءات جنائية ، فيما يتعلق بالتنفيذ بطريق الإكراه البدنى . ومن أهم هذه الأحكام :

ما تقضى به المادة ٤٨٥ من أنه : إذا كانت المحكوم عليها بعقوبة مقيدة للحرية حبلى فى الشهر السادس من الحمل ، جاز تأجيل التنفيذ عليها حتى تضع حملها وتمضى مدة شهرين على الوضع .

فإذا رؤي التنفيذ على المحكوم عليها ، أو ظهر فى أثناء التنفيذ أنها حبلى وجبت معاملتها فى السجن معاملة المحبوسين احتياطياً حتى تمضى المدة المقررة بالفقرة السابقة »

وما تقضى به المادة ٤٨٦ من أنه : « إذا كان المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية مصاباً بمرض يهدد بذاته أو بسبب التنفيذ حياته للخطر، جاز تأجيل تنفيذ العقوبة عليه »=

مع تفاصيل أخرى فى أحكام الإكراه البدنى منصوص عليها فى المواد من ٥١٣ إلى ٥٢٣ إجراءات جنائية .

وفى فرنسا أيضاً ، بدأ الإلغاء التدريجى لنظام الإكراه البدنى منذ قانون ٢٢ يولية ١٨٦٧ ، وأصبحت تطبيقات هذا النظام ، وعلى الأخص بعد تعديل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى سنة ١٩٥٩ ، استثنائية للغاية [1] .

كذلك ، فلما كان الأصل هو أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا يعد جريمة ، ومن ثم لا يستتبع عقوبة جنائية [2]، يكون المقصود بالقهر هنا ، هو

= وما تقضى به المادة ٤٨٨ من أنه : « إذا كان محكوماً على الرجل وزوجته بالحبس مدة لا تزيد على سنة ، ولو عن جرائم مختلفة ، ولم يكونا مسجونين من قبل ، جاز تأجيل تنفيذ العقوبة على أحدهما حتى يُفرج عن الآخر ، وذلك إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتجاوز خمس عشرة سنة كاملة وكان لهما محل إقامة معروف بمصر »

(١) راجع فى هذا التطور :

STARCK (B) : Droit civil (obligations) 1972 No . 2409 .

وانظر أيضاً : جوجلار (دروس مازو) سابق الإشارة البنود ٩٣٨-٩٣٩ .

(٢) لكن هذا الأصل لا يخل بأن هناك أحوالاً يمكن أن يعتبر عدم تنفيذ المدين لالتزامه فيها جريمة جنائية ، منها ، على سبيل المثال ، إخلال المودع لديه بالتزامه برد الوديعة ، حيث يعتبر فى هذه الحالة مرتكباً لجريمة خيانة أمانة .

ومنها أيضاً ما نصت عليه المادة ١٧٠ مكرراً (المعدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧١ من أن :

« يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً ولا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على خمسين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين :

(أولاً) كل من ركب فى عربات السكك الحديدية أو غيرها من وسائل النقل العام وامتنع عن دفع الأجر أو الغرامة أو ركب فى درجة أعلى من التذكرة التى يحملها وامتنع عن دفع الفرق . =

القهر المدنى البحث [1] .

٢- والأصل فى تنفيذ الالتزام ، أن يقوم المدين بتأدية عين أو ذات ما التزم به ، حين يسمى التنفيذ فى هذه الحالة بالتنفيذ العينى . فإذا لم تتـوافر شرائط هذا النوع من التنفيذ - التى سنعرض لها فيما بعد - لا يكون أمـام الدائن من مفر سوى أن يقنع بمبلغ نقدى يكون مقابلاً للأداء الأصـلى ، أو بعبارة أخرى ، عوضاً عنه . حين يسمى التنفيذ فى هذه الحالة بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض .

٣- غير أن ما تقدم من إمكان جبر المدين على التنفيذ ، إنما يصـدق فى الحقيقة على الالتزام فى صورته العادية ، وهو ما يقـال لـه الالتـزام المدنى . حين أن هناك نوعاً آخر من الالتزام - وإن كان استثنائياً - يفتقـر إلى إمكان جبر المدين على تنفيذه ، وهو ما يعرف بالالتزام الطبيعى . لذلك استدركت الفقرة ٢ من المادة ١٩٩ مدنى ، على الأصـل المقـرر بفقرتهـا الأولى من جواز جبر المدين على تنفيذ التزامه ، فقضت بأنه « ومع ذلك ، إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر على تنفيذه » .

وتجد التفرقة بين هذين النوعين من الالتزام ، من هذه الجهة ، أساسها فى أن الالتزام الطبيعى - وإن شارك الالتزام المدنى فى عنصر المديونيـة (أى الأداء الواجب على المدين) - إلا أنه يتجرد من عنصـر المسـئولية الذى يمكن للدائن بمقتضاه جبر مدينه على التنفيذ إذا لم يقم بذلك طواعية .

٤- ونفرد ، فيما يلى دراسة مستقلة للالتزام الطبيعى بحسبانه صورة

= وراجع فى أمثلة أخرى ، من القانون الفرنسى : جوجلار سابق الإشـارة بنـد ٩٣٢ .

(١) فى هذا المعنى جوجلار بند ٩٣٢ .

غير عادية ، لنفرغ بعد ذلك للخوض فى تفاصيل آثار الالتزام المدنى (العادى) .

الالتزام الطبيعى [1] l'obligation naturelle

التعريف به . وأساسه . وعناصره . وآثاره .

٥- أشرنا فيما تقدم إلى اشتمال الالتزام المدنى على عنصرين : عنصر المديونية وعنصر المسئولية . والعنصر الأخير هو العنصر الأساسى فى علاقة الالتزام التى تربط الدائن بالمدين . وهو العنصر الذى يمكن للأول أن يجبر الثانى على تنفيذ ما التزم به .

ويقابل هذا النوع من الالتزام ما يعرف بالواجبات الأدبية . وهى أمور ترجع كلية إلى ضمير الفرد وحده وخلقه الشخصى ، ومثالها واجب الإحسان إلى فقير . مثل هذا النوع من الواجبات يتجرد تماماً من عنصر الجزاء المدني . كما أن الوفاء به لا يعتبر وفاء بدين واجب فى الذمة وإنما يعتبر من قبيل التبرع المحض .

٦- غير أن هناك منطقة وسطاً بين الالتزام المدنى والواجب الأدبى . ويحتل الالتزام الطبيعى هذه المنطقة . فلا هو يرتقى إلى مرتبة الالتزام المدنى وذلك لافتقاره إلى عنصر المسئولية ، حيث لا يمكن حمل المدين به على تنفيذه رغماً عنه [2]، ولا هو يهبط إلى مستوى الواجب

---

(١) راجع فى دراسة وافية لهذا الالتزام . د . ثروت حسب . الالتزام الطبيعى (حالاته وآثاره) ١٩٦١ .

(٢) ولذلك ينتقد بعض الشراح إطلاق تعبير « التزام » على هذا النظام ، حتى ولو صوف – تقييداً – بأنه « طبيعى » . انظر : د . جميل الشرقاوى . النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) ١٩٨٣ بند ٢ . =

الأدبى [1]، وذلك لاشتماله على عنصر المديونية ، الأمر الذى يجعل من وفاء المدين به عن بينة واختيار ، وفاء لدين واجب فى الذمة وبالتالى ألا يعد بإمكانه الرجوع فيه واسترداد ما أداه .

٧- ووجود الالتزام الطبيعى فى هذه المنطقة الفاصلة بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق ، هو الذى يقف - فى الحقيقة - وراء اختلاف الشراح فى تأسيسه وتحديد مصدره .

فالنظرية التقليدية للالتزام الطبيعى [2] - والتى تتأسس على تقاليد القانون الرومانى - كانت تقرب بينه والالتزام المدنى ، حين رأت فيه التزاماً مدنياً ناقصاً : إما لأن هناك عقبة حالت دون اكتمال عناصره ، أو حالت دون بقائه . ومثال الفرض الأول حالة الهبة الباطلة لعيب فى الشكل ، حيث يتخلف عنها لدى أنصار هذه النظرية التزام طبيعى فى ذمة الورثة ،

= كذلك تساءل بعض الشراح الفرنسيين ، عما إذا لم يكن هناك تناقض بين استخدام لفظ الالتزام ، والقول فى نفس الوقت أن هذا الالتزام مجرد من الجبر ، بما يعنى أن هناك « التزاماً غير إلزامى » .

COLIN et CAPITANT, avec : DE LA MORANDIERE : Cour élé . De dr . civ . Français . T . 2; 8 éd . 1935 No 272 p . 263 .

(١) لذلك ينعته البعض أحياناً بالالتزام الناقص . انظر : د . عبدالمنعم فرج الصده ، أحكام الالتزام ١٩٥٥ بند ٥ .

(٢) راجع فى عرض مفصل لهذه النظرية : كولان وكابيتان ودي لامورانديير ، المرجع السابق ، البنود من ٢٧٣-٢٧٥ : د . ثروت حبيب المرجع السابق بند ٢١ وما بعده . د . عبدالرزاق السنهورى : الوسيط ، جـ٢ (الإثبات - وآثار الالتزام) ١٩٥٦ البنود ٣٩٠ ، ٣٩١ : د . سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند ٥٦٠ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى : دروس أحكام الالتزام بند ٧ .

بتنفيذها[1] للموهوب له . ومثال الفرض الثانى ، حالة الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم [2]، حيث يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى بتنفيذه [3] .

٨- وهذه النظرة - فضلاً عن عدم دقتها - إنما تحصر الالتزام الطبيعىَ فى دائرة ضيقة ، وتهمل تماماً الأساس الخلقى فى الالتزام الطبيعى، حين أنه - فى الواقع - أساسه الجوهرى [4] . فالمدين حين يفى بالتزام سقط بالتقادم ، ومن ثم يعلم أنه غير مجبر على وفائه ، إنما يقوم بهذا السداد إرضاء للضمير [5] . كما أن خلق الوارث هو الذى يملى عليه تنفيذ الهبة الباطلة الصادرة من مورثه .

---

(١) وتقضى المادة ٤٨٩ مدنى مصرى بأنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين ، بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . ويرى البعض فى مصر ، فى هذا الفرض ، مثلاً من أمثلة الالتزام الطبيعى : انظر د . الصده ، المرجع السابق ، بند٧ . فيما لا يرى البعض الآخر ذلك ، ويجتهدون فى تخريج الحل الذى أتت به هذه المادة على أسس أخرى . انظر فى هذه الاجتهادات : د . عبدالرزاق السنهورى بند ٣٩٥ ، د . ثروت حبيب بند ١٣١ .

(٢) وتصفه الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٠ بأنه « أثر تخلّف عن التزام مدنى تناسخ حكمه » .

(٣) وعلى ذلك صراحة نص المادة ٣٨٦ مدنى .

(٤) ولمزيد من التفاصيل فى نقد هذه النظرية راجع د . السنهورى بند ٣٩١ .

(٥) على أن يلاحظ أن الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم ، وإنما يتعين لذلك أن يدفع المدين بهذا الانقضاء ، أو بعبارة أخرى أن يتمسك به ، وإلا بقى التزاماً مدنياً واجب التنفيذ . ويتفرع على ذلك أنه إذا كان المدين لم يتمسك بهذا التقادم ، وإنما على العكس تنازل عنه بعد اكتمال مدته ، فإن أثر ذلك هو بقاء الالتزام مدنياً ، ولا يتخلف عنه فى هذه الحالة التزام طبيعى . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٨٨ ص٤٢٩ .

٩- لذلك فإن النظرة الحديثة للالتزام الطبيعى إنما تقرب بينه والواجب الخلقى [١] . ولكن لما كان من الضرورى فى نفس الوقت ، الاحتفاظ بالحدود الفاصلة بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق . فإن نوعاً خاصاً من الواجبات الخلقية هو الذى يرتقى إلى مصاف الالتزامات الطبيعية ، وهو الواجب الخلقى الذى ارتقى فى وعى الجماعة إلى حد التعارف على وجوب الوفاء به إرضاء للضمير [٢] . ومن أمثلة ذلك : واجب الإنفاق على قريب ممن لا يكون الشخص ملتزماً بالانفاق عليهم قانوناً [٣] . وواجب تعويض الضرر ، إذا لم تتوافر أركان المسئولية من الناحية القانونية فى حق المتسبب فيه ورأى مع ذلك وجوب تعويضه [٤] . وواجب من أثرى على حساب غيره ، بسبب ، فى أن يرد للمفتقر ما يقلل من قدر افتقاره . وواجب دفع مكافأة لمن أمضى فى خدمة الشخص زمناً طويلاً عرفاناً بالجميل . وواجب الأب فى معاونة ابنته على تأثيث منزل الزوجية ... الخ .

ويتضح مما تقدم ، أن المعيار فى وجود الالتزام الطبيعى هو معيار

---

(١) ويعرف د . السنهورى ، لذلك ، الالتزام الطبيعى بأنه « واجب أدبى يدخل فى منطقة القانون » . بند ٣٨٧ . وفى نفس المعنى يقول جوسران أن الالتزام الطبيعى ليس شيئاً آخر غير واجب أدبى ارتفع إلى مستوى الالتزام الناقص

JOSSERAND (L) :Cours de dr . Civ . Positif français . T . 2 : 2 éd 1933 No 717 .

(٢) انظر : د . أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام جـ٢ (أحكام الالتزام) بند ١٩ .

(٣) فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٨٩٥/٧/٢٢ (د . ١٨٩٦-١-٥٦٩) .

(٤) فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٨٩٢/٤/٥ (س . ١٨٩٥-١-١٢٩) وتعليق باليديير .

موضوعى [1]؛ إذ ليس الحاسم فى رقى هذا الواجب إلى مصاف الالتزام الطبيعى هو الخلق الشخصى للمدين به ، وإنما هو ما تعارفت عليه الجماعة وفق الأخلاق السائدة فى المجتمع ، ولذلك فليس دقيقاً – فيما نعتقد – ما جاء بالأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٠ مدنى ، من أنه يتعين على القاضى أن « يتثبت ... من أن هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد أو فى وعى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى » [2] . ويبقى الأمر فى النهاية ، بطبيعة الحال – للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع .

١٠ – وهكذا اتسعت دائرة الالتزام الطبيعى فى الوقت الحاضر ، وأصبح لا يقتصر على الالتزام المدنى المتحلل بصورتيه السابقتين : التزام مدنى لم يكتمل ، أو فضلة من التزام مدنى كان قائماً .

هذا التصوير الحديث ، هو ما قننه المشرع المصرى ، حين نصت المادة ٢٠٠ مدنى على أن : « يقدر القاضى عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » .

ويخلص من هذا النص أنه – فى غير الحالات التى نص عليها المشرع صراحة [3]– يكون أمر تقدير وجود الالتزام الطبيعى متروكاً

---

(١) راجع فى تفاصيل ذلك : د . ثروت حبيب ، المرجع السابق ، بند ١٤٣ ، ١٤٤ .

(٢) انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٠ مشاراً إليها فى : معوض عبدالتواب ، مدونة القانون المدنى جـ/١ طبعة ١٩٨٧ ص٤١٤ .

(٣) ومن أمثلة هذه الحالات ما ورد النص عليه فى المادة ١/٣٨٦ حين قضت بأنه : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » . على أن يلاحظ ، أن الدين لا يتحول إلى التزام طبيعى لمجرد اكتمال مدة =

للقاضى ، على أن يراعى فى ذلك ما يأتى :

أولاً : ضرورة أن يكون الواجب الأدبى – قوام الالتزام الطبيعى – قابلاً للتنفيذ . وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان محدداً فى محله وفى أشخاصه ، بما يجعله يشبه الالتزام القانونى من حيث صلاحيته للتنفيذ [(1)]، وإلا بقى فى إطار الواجبات الأدبية المحضة ، والتى تفتقر عادة إلى هذا التحديد [(2)] .

ثانياً : سمو هذا الواجب ، فى خلق الجماعة ، إلى حد التعارف على ضرورة الوفاء به إرضاء للضمير . وهو أمر يقدره القاضى فى ضوء الأخلاقيات السائدة فى المجتمع . ومن هذا الشرط يتضح أن فكرة الالتزام الطبيعى هى فكرة نسبية تختلف من مجتمع لآخر ، وفى المجتمع الواحد من زمن لآخر .

ثالثاً : عدم تعارض الالتزام الطبيعى مع النظام العام . وهو شرط حرص المشرع على إبرازه فى المادة ٢٠٠ مدنى التى قضت بأنه « وفى

= التقادم، وإنما يتعين – لذلك – أن يكون المدين قد تمسك بهذا التقادم ، وإلاّ بقى التزاماً مدنياً مستحق الأداء فى ذمته . انظر من تطبيقات ذلك : نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ طعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٧ق ، فى معوض عبدالتواب ، السابق ، ص٤١٥ .

(١) فى هذا المعنى : د. سليمان مرقس ، المرجع السابق بند ٥٦١ ، عبدالفتاح عبدالباقى ، بند ٨ .

(٢) فالإحسان إلى الفقراء ، مثلاً ، هو محض واجب أدبى ، لا تحديد فيه لموضوع هذا الإحسان ولا لشخص المحسن إليه . أما دفع الأب مبلغاً نقدياً لابنته لمعاونتها فى تأثيث منزل الزوجية ، فإنه من قبيل الوفاء بالتزام طبيعى .

كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » [١] . مع أن هذا الشرط مفهوم لذاته في حقيقة الأمر ، وكان يمكن - استخلاصه من جوهر فكرة الالتزام الطبيعي ذاتها حتى ولو لم يرد به نص قانوني . فقوام الالتزام الطبيعي كما قلنا هو واجب أدبي أنزلته الجماعة منزلة سامية يتعين معها وجوب الوفاء به . ولا يتصور في الحقيقة أن تتواضع الجماعة على ما فيه هلاكها وانحلالها من الأمور المخالفة للنظام العام . بل إن مثل هذه الأمور ليست تقتصر على أنها تعجز عن الارتقاء إلى مستوى الالتزامات الطبيعية ، إنما هي لا ترقى أساساً إلى مجرد الواجب الأدبي المحض [٢] . وحتى بافتراض أن هناك من الأمور ما يسود الاعتقاد بوجوب الوفاء به لدى أوساط معينة من الناس ، فإن هذه الأمور لا يمكن أن ترتقي إلى مستوى الالتزام الطبيعي إذا كانت تخالف النظام العام الذي يقوم عليه المجتمع في مجمله . ففي أوساط المقامرين مثلاً يعتبر الدين الذي نشأ من القمار دين شرف [٣] يلتزم به الخاسر رغم عدم إمكان مطالبته به ، حين لا يمكن أن يرتقي هذا الدين إلى مستوى الالتزام الطبيعي حيث مخالفة المقامرة

---

(١) انظر ، من تطبيقات القضاء لهذا الشرط ، حكم نقض ١٩٥٥/٣/٢٤ ، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفني) السنة ٦ ص٨٦١ ، في معرض دفع محكوم عليه، مبلغ الغرامة المقضي بها عليه ، بعد سقوطها . فقد جاء في هذا الحكم :

« ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام ، فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أي التزام طبيعي . وإذن فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعي لا يصح استرداده ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون » . مشار لهذا الحكم أيضاً في : معوض عبدالتواب ص٤١٤ ، ٤١٥ .

(٢) في هذا المعنى : د . عبدالفتاح عبدالباقي ، بند ٨ .

(٣) « وليس هذا من الشرف في شيء » على حد تعبير د . الصده بند/٧ .

لأخلاقيات المجتمع عامة . ولذلك تقضى المادة ٧٣٩ مدنى بأن « ... لمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه ... ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق [1] .

١١– وفى ضوء ما تقدم من مقومات الالتزامات الطبيعى . يمكن تحديد [2] آثاره على النحو التالى [3]:

١– لا يستطيع المدين به ، وقد أداه عن بينة بأنه يفى بالتزام لا يمكن

(١) ورغم أن المادة ١٩٦٧ مدنى فرنسى لا تجيز – على العكس – للخاسر فى مقامرة أن يسترد ما أداه باختياره ، إلا أن بعض الشراح الفرنسيين يرفضون تأسيس هذا الحكم على فكرة الالتزام الطبيعى ، بحسبان المقامرة عملاً غير أخلاقى لا يمكن أن ينشأ عنه مثل هذا الالتزام . ويرون فيما نصت عليه هذه المادة حكماً استثنائياً يمكن تخريجه على أساس من المبدأ القائل بأنه « إذا ما وقع المحظور من الجانبين فلا يسترد المدفوع » . انظر :

BEBOIS et GAUDEMET (J) : par GAUDEMET (E) Théo géné . Des obligations . 1965 P . 487 .

كذلك يجوز للمدين الذى دفع فائدة تزيد نسبتها على ٧% من أصل الدين – إعمالاً للاتفاق بينه وبين الدائن – أن يسترد ما دفع زائداً على هذه النسبة ، حتى ولو كان وقت الدفع يشعر بأنه يفى بتعهد واجب عليه . ولا يمكن دفع هذا الاسترداد بمقولة أن المدين أوفى بالتزام طبيعى فالاتفاق على فوائد تزيد على هذه النسبة يعتبر مخالفاً للنظام العام . وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٢٧ مدنى .

(٢) راجع فى تفاصيل آثار الالتزام الطبيعى : د . ثروت حبيب بند ١٥٥ وما بعده، الصفحات من ٣٨٧–٥٥٢ .

(٣) انظر فى دراسة تاريخية لما كان يترتب على الالتزام الطبيعى فى السابق من آثار : د . سليمان مرقس بند ٥٦٢ .

أساساً جبره على تنفيذه [١] . وعن اختيار لم تكره إرادته عليه [٢] . أن يسترد ما أداه وتعبيراً عن هذا المعنى تقضى المادة ٢٠١ بأنه « لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً » . وما ذلك إلا لأن الوفاء بالالتزام الطبيعى – فى الحدود السابقة – إنما هو وفاء بدين واجب فى الذمة لتوافر عنصر المديونية فى هذا الالتزام وليس من قبيل التبرع ولا يخضع لأحكامه ، والتى من أبرزها : شرط الشكل ، والأهلية :

فالوفاء بالالتزام الطبيعى لا يشترط شكل خاص له ، فيما يغلب – فى التبرعات – أن تكون شكلية . وفى تنفيذ الالتزام الطبيعى يكتفى بأهلية الوفاء بوجه عام ولا يلزم توافر أهلية التبرع . كذلك يخضع أداء الدين الطبيعى لأحكام الوفاء لا أحكام التبرعات وذلك فيما يتعلق بأحكام الدعوى البولصية وأحكام تصرفات المريض مرض الموت .

٢- إذا تعهد المدين – عن بينة واختيار – بالوفاء به وهو ما يعنى أنه معترف به [٣]، اكتمل لهذا الالتزام عنصر المسئولية الذى كان يفتقده ،

---

(١) وفى القانون الرومانى ، كان الوفاء بالتزام طبيعى ، عن غلط فى ماهيته ، لا يمكن الرجوع فيه . أشار لذلك : ديبوا وجوديميه ، المرجع السابق ص٤٨٦ .

(٢) ومن تطبيقات الوفاء ، الذى يتم عن إكراه ، الوفاء « إذا حصل تحت تأثير الحجز الذى توقعَ على أموال المدين الموفى » . انظر نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ طعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٧ق سابق الإشارة إليه .

(٣) على أن يلاحظ أن هذا الاعتراف الذى يُستفاد من التعهد بالوفاء « لا ينطوى على تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعى التزاماً مدنياً ، بل هو إنشاء لالتزام مدنى يقوم الالتزام الطبيعى منه مقام السبب » ، وهو ما عبرت عنه المادة ٢٠٢ المشار إليها فى المتن ، بقولها أن : «الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لالتزام مدنى » . راجع فى هذا التحليل ، الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٢ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤١٦ .

واستوى بعد ذلك ، التزاماً مدنياً ، وجد سببه فى هذا الالتزام الطبيعى . وفى هذا المعنى تنص المادة ٢٠٢ بأن « الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لالتزام مدنى » .

٣- لا يتقاصى الالتزام الطبيعى مع التزام مدنى [١]، ولا يجوز كفالته[٢] . وذلك لأنه سوف يترتب على كل من المقاصة أو الكفالة فى نهاية الأمر – وإن كان بشكل غير مباشر – إجبار المدين بالالتزام الطبيعى على تنفيذه ، وهو ما لا يجوز . فضلاً عن أنه لا يسوغ – فى الكفالة – أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلى [٣] .

تقسيم :

بعد هذه المقدمة ، نوزع الدراسة فى آثار الالتزام المدنى على ثلاثة فصول : نعرض فى أولها للتنفيذ العينى ، وفى الثانى للتنفيذ بمقابل (أو بطريق التعويض) ، لنكرس الثالث لدراسة ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان .

---

(١) وفى القانون الرومانى كانت هذه المقاصة جائزة . أشار لذلك : ديبوا وجوديميه ص٤٨٦ .

(٢) انظر عكس ذلك ، وأن كفالته تجوز . قياساً على كفالة التزام ناقصى الأهلية: ديبوا وجوديميه ص٤٨٨ .

(٣) كذلك يرى البعض أن الالتزام الطبيعى ، حالة كونه كذلك : لا يتصور أن يكون مضموناً برهن ، إذ الحق العينى التبعى لا يتصور أن يكون أكبر قوة من الحق الأصلى . فى هذا المعنى : جوسران ، المرجع السابق بند ٧١٥ ، وعكس ذلك : ديبوا وجوديميه ص٤٨٨ .

الفصل الأول

التنفيذ العينى

تقسيم :

نوزع الدراسة فى هذا الفصل على ثلاثة مباحث : نعرض فى أولهـا لشروط التنفيذ العينى ، وفى الثانى لكيفية هذا التنفيذ ، لنخصص الثالث لدراسة إحدى وسائل حمل المدين على تنفيذ التزامه عيناً وهى الوسيلة التى تعرف بالغرامة التهديدية .

المبحث الأول

شروط التنفيذ العينى

١٢- ذكرنا من قبل أن التنفيذ العينى للالتزام هو الأصل . ونضيف هنا أنه حق لكل من الدائن والمدين ، بما يعنى أنه لا يمكن لأيهما أن يحيد عنه بمفرده ويطلب التنفيذ بطريق التعويض [1] .

١٣- وقد أجملت شروط هذا النوع من التنفيذ المادة ٢٠٣ مدنى ، حين قضت بأنه « يجبر المدين – بعد إعذاره – ... على تنفيذ التزامه تنفيذاً

(١) وجاء فى الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٠٣ ، أنه : « إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل فى حدود الإمكان فمن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به ، ولن يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضى المتعاقدين، ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العينى منزلة التزام تخييرى أو التزام بدلى ، فهو ليس موكولاً للتخيير ، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأى من المتعاقدين ، سواء فى ذلك المدين أو الدائن ، فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالبديل لأن المدين لا يملك عرض العوض النقدى ما بقى الوفاء العينى ممكناً .

عينياً متى كان ممكناً . على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً » .

ويخلص من هذا النص ، أن شروط التنفيذ العينى تتلخص فى :

١- أن يكون التنفيذ العينى ممكناً :

فإذا استحال التنفيذ العينى امتنع الحكم به على المدين ، لتتحدد بعد ذلك مسئوليته تبعاً لسبب هذه الاستحالة : فإذا كانت بفعله – وهو أمر متصور فى جميع صور الالتزام باستثناء ما كان محله دفع مبلغ من النقود – أصبح مسئولاً بالتعويض بدلاً من التنفيذ العينى . مثال ذلك أن يعدم المدين محل ما هو ملتزم بنقل ملكيته ، أو يمتنع عن تنفيذ عمل قائم على اعتبار شخصيته ، أو يفوت الميعاد الملائم لتنفيذ الالتزام ، أو يأتى بالعمل الذى التزم بالامتناع عنه خلال مدة المنع . أما إذا كانت هذه الاستحالة بسبب أجنبى لا يد له فيه انقضى الالتزام كلية وامتنع على الدائن حتى أن يطالب بالتعويض (م٣٧٣) .

ويبقى فى هذا الموضع تحديد فكرة إمكان التنفيذ ذاتها ، فمتى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عيناً يدخل فى حدود الإمكان ، لاسيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ؟

تختلف الإجابة على هذا التساؤل حسب ظروف الحال ، فأحد أمرين :

– إما ألا يكون قد حُدِّد للتنفيذ ميعاد ، وفى هذه الحالة يجوز « الوفاء عينا مادامت الظروف تسمح به ، دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن

التأخير » [1][2] . ويهيىء التقنين الألمانى للدائن وسيلة لقطع الشك باليقين فى مثل هذه الحالة فيبيح له أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً للوفاء عيناً وأن يدفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد [3] . وليس ثمة ما يمنع القضاء من العمل بهذا الحكم ، دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعى خاص [4] .

– أو يكون قد حُدد ميعاد للتنفيذ فيكون المفروض فى هذه الحالة أن الوفاء بعد انقضاء هذا الميعاد يكون ممتنعاً ، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك [5] .

٢- ألا يكون التنفيذ العينى مرهقاً :

التنفيذ العينى المرهق هو تنفيذ ممكن فى حد ذاته ، ولكنه يلحق بالمدين ضرراً جسيماً . وكان الأصل ألا يعتد بهذا الإرهاق إعمالاً للمبادئ التقليدية التى تعطى للدائن بالتزام مدنى الحق فى جبر مدينه على الوفاء به . لكن اعتبارات العدالة التى تقف وراء كثير من الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وتطبيقاً لفكرة عدم جواز التعسف فى استعمال الحق –

---

(١) ولا يسوغ فى هذا الفرض القول بأنه طالما لم يُحدد للتنفيذ ميعاد فإنه يكون من حق المدين أن يرجئ التنفيذ لأى وقت ، لأنه طالما أن الالتزام نشأ بسيطاً (غير مضاف لأجل) فإن الأصل – طبقاً للقواعد العامة – هو وجوب الوفاء به فوراً مادام ذلك ممكناً .

(٢) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٠٣ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤١٧ ، ٤١٨ .

(٣) أشارت إلى ذلك الأعمال التحضيرية للنص ، فى الوضع سابق الإشارة إليه فى الهامش السابق .

(٤) فى هذا المعنى ، الأعمال التحضيرية سابق الإشارة إليها .

(٥) فى هذا المعنى الأعمال التحضيرية للنص سابق الإشارة إليها .

قد حدت بالمشرع أن يجيز للمدين أن يستبدل بالتنفيذ العينى فى هذه الحالة دفع تعويض للدائن [1]، مادام أن هذا الاستبدال لن يلحق بهذا الأخير ضرراً جسيماً [2]، وإلا وجب الرجوع إلى الأصل وإلزام المدين بالتنفيذ العينى .

وفى هذا المعنى جاء فى حكم للنقض أن : « التنفيذ العينى للالتزام هو الأصل والعدول عنه إلى التعويض النقدى هو رخصة لقاضى الموضوع تعاطيها كلما رأى فى التنفيذ العينى إرهاقاً للمدين وبشرط ألا يُلحق ذلك ضرراً جسيماً للدائن . وإذن فمتى كانت المحكمة قد رأت أن عدم التنفيذ العينى من شأنه أن يضر بالدائن ضرراً جسيماً فإنه لا تثريب عليها إذ هى أعملت حقاً أصيلاً لهذا الدائن وقضت بالتنفيذ العينى ولا شأن لمحكمة النقض فى التعقيب عليها فى ذلك » [3] .

---

(١) وبديهى أن تقدير مدى الإرهاق إنما هو من مسائل الواقع التى تدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع . انظر نقض ١٩٧٠/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٢٠١ ص١٢٣٤ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٥١ ص٨٦٥ .

(٣) نقض ١٩٥٥/٤/١٤ طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ق مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤١٩ . وانظر من تطبيقات القضاء للشرط محل البحث ، حكم نقض ١٩٦٦/٢/١ فى الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ق (مجموعة المكتب الفنى ، س١٧، ص٢١ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٢٠) وقد جاء فى هذا الحكم : « .... فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على أن تنفيذ المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه إرهاقها لأنه سوف يعود عليها بالفائدة بإضافته إلى ملكها والانتفاع بأجرته الشهرية المتفق عليها ، وكان هذا القول من الحكم لا يؤدى إلى انتفاء الإرهاق عن المؤجرة (الطاعنة) إذ يشترط لذلك ألا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حساب الطاعنة بذل نفقات باهظة لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر للمطعون عليه (المستأجر) من جراء التخلف عن تنفيذه ، وإذ لم يحدد الحكم نوع المصعد المناسب للمبنى والثمن الذى سيتكلفه وما يستتبع ذلك من تحديد نفقات تركيبه وما إذا كان هذا الثمن يتناسب مع قيمة المبنى ، قد حجب=

٣- ألا يكون فى التنفيذ العينى الجبرى مساس بحرية المدين الشخصية:

قد تكون شخصية المدين محل اعتبار فى بعض صور الالتزام بعمل . وعندئذ فإن مجرد امتناع المدين عن التنفيذ بالرغم من إمكانه وعدم إرهاقه . إنما يعد فى الواقع من قبيل الاستحالة التى تحرم الدائن من مكنة الإصرار على طلب التنفيذ العينى [1]، لأن فى مثل هذا الإجراء فى هذه الحالة مصادرة لحرية المدين الشخصية [2] . فضلاً عن أنه لن يؤدى إلى أداء العمل على الوجه المنتظر [3] اللهم إلا إذا أفلح فى حمله على التنفيذ العينى بوسيلة غير مباشرة وهى وسيلة التهديد المالى على ما سنرى فيما بعد .

٤- إعذار المدين :

فإذا لم يكن المدين – بالفرض – قد نفذ التزامه عيناً باختياره ، فإنه يلزم – فضلاً عن الشروط السابقة ، وحتى يمكن أن يصل الدائن إلى هذا التنفيذ قهراً عنه ، أن ينبه عليه – رسمياً – بوجوب هذا التنفيذ ، وذلك من طريق إعذاره . مسجلاً عليه بهذا الإجراء خطأه إذا هو تراخى ، عن التنفيذ من بعده .

وفى هذه الحدود يمكن أن يفهم ما نصت عليه المادة ٢٠٣ مدنى من

= نفسه عن بحث مدى الإرهاق الذى يصيب الطاعنة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذى يلحق المطعون عليه من عدم تركيبه ، مما يعيب الحكم مخالفته القانون والقصور فى التسبيب » .

(١) انظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى ١٩٦٥/٦/٣٠ (ج . ب) ١٩٦٥-٢-٣٢٩ وتعليق E . K .

(٢،٣) فى هذا المعنى جوجلار ، دروس مازو بند ٩٣٢ .

وجوب إعذار المدين كشرط للتنفيذ العيني للالتزام [1] . فهي لا تقصد – بداهة – أن يكون هذا الإعذار إجراء يجب أن يسبق بالضرورة كل تنفيذ عيني : فقد يسارع المدين ، وباختياره ، إلى تنفيذ التزامه فور حلول أجل هذا الالتزام ، فيقع هذا التنفيذ صحيحاً بالتأكيد ، ولا يمكن له بعد ذلك أن يطلب استرداد ما أداه متذرعاً بأنه أوفى دون أن يعذره الدائن بوجوب هذا الوفاء . بل أن هناك من الالتزامات ما يتم تنفيذها بقوة القانون فور نشوئها ودون حاجة إلى تدخل من جانب المدين ، ومن ثم فإن الإعذار كإجراء سابق على هذا التنفيذ لا يكون متصوراً [2]، كما هو الحال مثلاً في الالتزام بنقل ملكية منقول معين بالذات ، حيث تنتقل هذه الملكية – كما سنرى – بمجرد التراضي مادام أن هذا المنقول كان مملوكاً للملتزم .

وحتى في غير هذه الحالات ، إذا سارع الدائن – فور حلول أجل الوفاء بالالتزام – ورفع الدعوى على مدينه مطالباً إياه بالتنفيذ العيني ، دون أن يكون – بالفرض – قد سبق أن أعذره بوجوب هذا التنفيذ ، فلا يعني ذلك أن المطالبة القضائية لا تكون صحيحة . إنما كل ما يترتب على عدم إعذار المدين ، أن هذا الأخير لا يعتبر متأخراً قانوناً في الوفاء بالتزامه حتى وقت رفع الدعوى . فإذا ما أوفى بهذا الالتزام – عندئذ – انقضت المطالبة القضائية ويتحمل الدائن (المدعي) مصاريف الدعوى التي سارع برفعها .

---

(١) قرب د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند /٣٨ . ويعمم الدكتور البدراوي فيرى أن اشتراط الإعذار لاقتضاء التنفيذ العيني يبدو أمراً غير مفهوم بند / ٧ .

(٢) في هذا المعنى : د . عبدالرزاق السنهوري بند /٤١١ ، الصدد بند ٩ ، وفي الفقه الفرنسي ، يقصر بعض الشراح بوضوح شرط الإعذار ، على فرض التنفيذ العيني القهري للالتزام . انظر مثلاً : ستارك ، المرجع السابق بند / ٢٠٣٥ ؛
MARTY et RAYNAUD : Droit civil T . 2 (V .I) (Les obligations) 1962 No 655 bis .

المبحث الثانى
كيفية التنفيذ العينى

اختلاف هذه الكيفية تبعاً لموضوع التزام المدين .

١٤- تختلف كيفية التنفيذ العينى للالتزام تبعاً لاختلاف موضوع الالتزام نفسه الواجب التنفيذ ، وذلك على التفصيل التالى :

أولاً : الالتزام بنقل الملكية (أو الحقوق العينية الأخرى) :

١٥- فقد يكون المدين ملتزماً فى مواجهة الدائن بنقل ملكية شىء أو أى حق عينى آخر عليه . وفى هذه الحالة ، فإن كيفية التنفيذ العينى لهذا الالتزام سوف تتوقف على طبيعة هذا الشىء ، الذى قد يكون منقولاً وقد يكون عقاراً . وفى الفرض الأول قد يكون منقولاً معيناً بالذات وقد يكون منقولاً معيناً بالنوع .

(أ) فى المنقول المعين بالذات :

١٦- فإذا كان محل الالتزام بنقل الملكية أو الحق العينى منقولاً معيناً بالذات ، فإن هذا الالتزام ينفذ بقوة القانون أو بعبارة أخرى من تلقاء نفسه ، بمجرد الاتفاق ، طالما أن هذا المنقول كان مملوكاً للملتزم [1] . ولا يبقى بعد

---

(١) وقد عبرت عن هذا المعنى الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٤ بقولها : « يتفرع عن وجود التنفيذ العينى وجوباً نافياً للتخيير ، أن الالتزام بنقل حق عينى يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عينى ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الأثر ..... فإذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف له فور الوقت » .

ذلك إلا مطالبة المدين بتسليمه . وهذا التسليم هو التزام بعمل يمكن تنفيذه جبراً عليه . وفي هذا المعنى تقضى المادة ٢٠٤ مدنى بأن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ... » .

ويتفرع على ما تقدم أنه إذا تصرف المدين فى هذا المنقول بعد ذلك وقبل تسليمه للدائن ، وسلمه بالفعل إلى المتصرف إليه الثانى ، فإن هذا الأخير إذا كان سيتملكه حقيقة ، إلا أنه لن يتملكه بموجب التصرف الذى تم بينه وهذا المدين الذى أصبح بالفرض غير مالك لهذا المنقول منذ التصرف الذى تم بينه والدائن الأول ، وإنما سوف تستند ملكيته فى حقيقة الأمر إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (١) .

(ب) فى المنقول المعين بالنوع :

١٧- أما إذا كان محل الالتزام بنقل الملكية أو الحق العينى منقولاً معيناً بالنوع ، وبالنظر إلى أن الملكية والحقوق العينية الأخرى لا ترد بالفرض إلا على شىء معين بالذات ، فإن العقد هنا يقتصر على مجرد إنشاء التزام بنقلها . ويتم تنفيذ هذا الالتزام عن طريق الإفراز ، الذى يتراخى انتقال الملكية حتى إتمامه . ويمكن تنفيذ التزام المدين بالإفراز جبراً عنه ، عن طريق حصول الدائن على شىء من النوع ذاته من الأسواق على نفقة

---

(١) وقد عبرت عن هذا المعنى الأعمال التحضيرية للنص بقولها أنه بالنسبة للمتصرف له الثانى (الخلف الثانى) : « لا تؤول إليه (أى الملكية) بمقتضى التزام بنقل حق عينى ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة » ، وإن استطردت قائلة : « ومن الجائز أن يقال أن ملكية المنقول قد انتقلت أولاً إلى الخلف الأول بمقتضى التزام للمالك بنقل حق عينى ، ثم آلت منه إلى الخلف الثانى عن طريق الحيازة » .

المدين وذلك بعد استئذان القاضي ، بل ودون استئذانه في حالة الاستعجال [1] . اللهم إلا إذا فضل الدائن المطالبة بقيمة الشيء . كل ذلك دون إخلال بحقه في التعويض في الحالتين [2][3] . وعلى ذلك يجرى صريح نص المادة ٢٠٥ مدنى ، التى تقضى بأنه « إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء » .

* * *

١٨- هذا ويتفرع على الالتزام بنقل حق عينى - سواء كان المعقود عليه شيئاً معيناً بالذات أو معيناً بالنوع فحسب (متى عين الشيء المعقود عليه) التزام تبعى بالقيام بعمل يتمثل فى وجوب تسليم هذا الشيء والمحافظة عليه حتى يتم التسليم .

ونرجئ دراسة كيفية تنفيذ هذا الالتزام ودرجة العناية اللازمة فى هذا التنفيذ وتبعه هلاك هذا الشيء أو ضياعه ، للموضع المخصص لدراسة تنفيذ الالتزام بعمل ، كما سيجئ [4] .

---

(١) شريطة - بطبيعة الحال - أن يعذر المدين أولاً ، فى هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه . انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ص٥١٣) .

(٢) وقد جاء فى الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٥ : « وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يعادل قيمة الشيء ، ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن التعويض دون ممانعة من المدين . ذلك أن من حق المدين أن يؤدى عين المعقود عليه لا قيمته .

(٣) بل وللدائن ، فى كلتا الحالتين ، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر فى التنفيذ . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدنى ص٥١٣ .

(٤) انظر لاحقاً بند/٢٠ ، ص٣٤ .

(جـ) في العقارات :

١٩ – أما إذا ورد الالتزام بنقل الملكية على عقار ، فإن هذه الملكية – بموجب قانون التسجيل العقاري – لا تنتقل بمجرد العقد ، وإنما يقتصر هذا الأخير على إنشاء التزام على عاتق البائع بنقلها . هذا الالتزام يمكن تنفيذه عينياً جبراً على البائع إن لم يشأ هذا أن ينفذه اختياراً [(١)]، برفع دعوى تعرف بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع . فإذا صدر الحكم فيها لصالح المشتري وقام بتسجيل هذا الحكم ، قام ذلك مقام تسجيل العقد نفسه ، وانتقلت الملكية للمشتري ، وبذلك يتم التنفيذ العيني للالتزام [(٢)] . هذا وقد حرصت المادة ٢٠٤ على إيضاح التفرقة بين تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المنقول والالتزام بنقل ملكية العقار ، حين اشترطت في عجزها ضرورة عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

ثانياً : الالتزام بعمل :

٢٠ – وقد يكون المدين ملتزماً في مواجهة الدائن بالقيام بعمل . وتختلف – في هذه الحالة – كيفية تنفيذ هذا الالتزام ، تبعاً للفروض التالية :

(أ) الفرض الأول ، وفيه يكون العمل الذي يجب على المدين القيام به غير مرتبط بشخصه ، بحيث يستوي عند الدائن أن يقوم به المدين

---

(١) بأن يقوم بما يلزم من عمل ، لإجراء تسجيل التصرف الناقل للملكية ، لاسيما التصديق على توقيعه على هذا التصرف .

(٢) وتعبيراً عن هذا المعنى جاء في الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٠٤ قولها: «وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني على التراخي فترة من الزمن . وهذه هي علة التفريق في هذا المقام بين مجرد الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلاً» . مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢/ ١١٥ .

شخصياً أو غيره . وهذه مسألة يستقل الدائن وحده بتقديرها . عندئذ إذا امتنع المدين عن التنفيذ اختياراً ، وكان من غير الجائز جبره على التنفيذ شخصياً ، إلا أن التنفيذ العينى للالتزام يظل ممكناً على نفقته . وذلك بأن يحصل الدائن على إذن من القضاء بتنفيذ الالتزام بواسطة شخص آخر على نفقة المدين[1] . بل ويعطيه المشرع الحق فى عدم الاستئذان المسبق فى حالة الاستعجال[2] (م٢٠٩) .

(ب) وفى فرض ثان ، قد يكون العمل الواجب على المدين أن يقوم به مرتبطاً – على العكس – بشخصه ، بحيث لا يجزئ الدائن أن يقوم به غير هذا المدين [3] . وعندئذ فإذا امتنع المدين عن القيام بالعمل كان من غير الممكن جبره على التنفيذ لما فى ذلك من مساس بحريته الشخصية . غير أن من حق الدائن فى نفس الوقت ، أن يرفض الوفاء من غير المدين (م٢٠٨)، ولذلك فإذا لم يفلح الدائن – باستعمال وسيلة الغرامة التهديدية – فى حمل المدين على التنفيذ ، فلن يبقى أمامه سوى أن يقنع بتنفيذ هذا الالتزام بمقابل عن طريق التعويض .

(جـ) وفى فرض ثالث ، قد يقوم حكم القاضى مقام تنفيذ الالتزام

---

(١) ومن تطبيقات القضاء المصرى لهذا الفرض : نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ مجموعة المكتب الفنى س١٤ ص٦١١ ومن تطبيقات القضاء الفرنسى ، نقض ١٩٧٢/١١/٢٩ أشار إليه جوجلار ، دروس مازو ص٩١٣ ، هـ٣ .

(٢) وما أجازته المادة/٢٠٩ للدائن في حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء إن هى إلا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظاً فيها مصلحته ولا يمكن – بداهة – مؤاخذته على عدم استعمالها . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة المكتب الفنى س١٦ ص١٨ .

(٣) وقد مثلت لذلك ، الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٨ بـ« الممثل أو المغنى، أو المصور » . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ص٥٢٦ .

بعمل ، إذا سمحت بذلك طبيعة هذا الالتزام . ومثال ذلك الحكم الصادر بثبوت التعاقد وصحة البيع فى بيوع العقارات ، حيث يقوم تسجيله كما ذكرنا مقام تسجيل العقد نفسه فتنتقل به الملكية رغم امتناع المدين عن التنفيذ . ومن أمثلته أيضاً ، ما قضت به المادة ١٠٢ مدنى من أنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم – متى حاز قوة الشىء المقضى به – مقام العقد »

(د) وفى فرض رابع : قد يكون المدين ملتزماً بالقايم بعمل ، محله بالتحديد هو « أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخىّ الحيطة فى تنفيذ التزامه » . وفى هذا الفرض « فإن المدين يكون قد وفىّ بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » . « وفى كل الأحوال يبقى المدين مسئولاً عمّا يأتيه من غش أو خطأ جسيم » [1] . (مادة ٢١١/١ ، ٢) .

(هـ) وفى فرض خامس : قد يكون الالتزام بالعمل التزاماً تبعياً يتفرع – كما قلنا فى موضع سابق – من الالتزام بنقل ملكية شىء أو حق عينى عليه ، حيث يتمثل هذا العمل فى : وجوب تسليم ذلك الشىء والمحافظة عليه حتى يتم التسليم ، وهو ما عبرت عنه المادة/٢٠٦ بقولها : « الالتزام بنقل حق عينى يتضمّن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم » .

ويتعين على المدين فى هذه الحالة أن يبذل فى تنفيذ هذا الالتزام التبعى

(١) راجع فى تفاصيل هذا الفرض ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء/٢ ص٥٣٢ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ، المرجع السابق ص/٤٢٧ ، ٤٢٨ .

عناية الرجل المعتاد . فإذا هلك الشيء أو ضاع بغير خطأ من الملتزم وقبل إعذاره ، اختلف الحكم تبعاً لما إذا كانت تبعة الهلاك واقعة على الدائن أو على عاتق المدين : ففي الحالة الأولى يتحمل الدائن ما ينجم عن الهلاك أو الضياع من الضرر ، أما في الحالة الثانية فإن المدين هو الذي يتحمل ذلك .

أما إذا كان هلاك الشيء أو ضياعه بعد الإعذار فإن تبعة هذا الهلاك تكون على المدين . على تفصيلات في هذا الشأن نرجئها للموضع المخصص للكلام عن الآثار التي تترتب على الإعذار [1] .

الالتزام بامتناع عن عمل :

٢١- وقد يكون المدين ملتزماً بامتناع عن عمل . فإذا وقعت منه المخالفة لهذا الالتزام ، فإن إزالتها يمكن – مع ذلك – أن تظل ممكنة . وتعد الإزالة عندئذ تنفيذاً عينياً لهذا الالتزام . ويتوصل الدائن إلى التنفيذ العيني بطريق الإزالة ، بأن يحصل على إذن من القضاء بذلك ، ويقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين فيتم بذلك تنفيذ الالتزام عيناً جبراً عنه .

غير أنه يجدر التنويه في هذا الشأن ، بأن اللجوء إلى القضاء بطلب الإذن المسبق بالإزالة ، يظل أمراً ضرورياً حتى في حالة الاستعجال (م٢١٢) [2]، وذلك على العكس من حالة الالتزام بعمل .

وتجد هذه التفرقة مبررها في أن إقدام الدائن على الإزالة بنفسه إنما يعد من أعمال العنف التي قصد المشرع تجنبها .

---

(١) انظر لاحقاً بند/٤٤ .

(٢) قارن – مع ذلك – الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢١٢ وقد جاء فيها : « بل وله (أي الدائن) أن يتجاوز عن هذا الإذن على مسئوليته عند الاستعجال » . مجموعة الأعمال التحضيرية جـ/٢ ص٥٣٥ ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالتواب ص٤٢٩ .

كذلك يجدر التنويه بأن القاضى لا يلتزم بالحكم بالإزالة إذا طلبه الدائن، وإنما يتمتع إزاء هذا الطلب بسلطة تقديرية طبقاً للمادة ٢/٢٠٣ . وبموجب هذه السلطة قد لا يرى إجابة الدائن لطلبه وإنما يكتفى بالاستجابة لطلب المدين استبدال التعويض النقدى بهذه الإزالة إذا كان فيها إرهاق جسيم له ، ولم يكن فى العدول عنها إلى التعويض النقدى ضرر جسيم يلحق بالدائن[1] .

وبالمقابلة ، فإن الحكم بالإزالة لا يحرم الدائن حقه فى المطالبة بالتعويض إلى جانبها ، إذا كان الضرر الذى أصابه من مخالفة المدين لالتزامه بالامتناع عن العمل لا تعوضه مجرد الإزالة . وعلى ذلك صراحة نص المادة ١١٤٣ من المجموعة المدنية الفرنسية [2]، الذى يعتبر فى الحقيقة محض تطبيق للقواعد العامة .

٢٢- غير أنه يتصور ، على العكس ، فى بعض الأحيان ، أن يكون التنفيذ العينى للالتزام بالامتناع مستحيلاً ، أو بعبارة أدق يصبح مستحيلاً فور وقوع المخالفة ، وذلك إذا ما كانت هذه المخالفة غير قابلة للإزالة بعد ذلك (كما هو الحال مثلاً فى التزام الطبيب بعدم إفشاء سر مريضه) . عندئذ لا يعد هناك من سبيل أمام الدائن إلا طلب التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض .

---

(١) أنظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى ، مثالا لعدم الاستجابة لطلب الإزالة ، لعدم ملاءمته : نقض فرنسى ١٩٧٠/١٠/٨ (ج .ب) ١٩٧١-١- ملخص ٣١ . وكان المطلوب إزالته فى هذه الدعوى هو بناء مشغول بالعديد من السكان .

أما فى مجال إقامة المبانى بالمخالفة للوائح التنظيم فإن الملاحظ أن القضاء الفرنسى لا يتردد فى الحكم بالإزالة ، أنظر مثلاً : نقض فرنسى ١٩٦٥/٣/١ (د) ١٩٦٥-٥٦٠ ؛ نقض فرنسى ١٩٦٧/٢/٦ (د) ١٩٦٧ - ملخص ٦١ .

(٢) وفى هذا المعنى أيضاً : ستارك ، المرجع السابق بند/٢٠٤٥ .

المبحث الثالث

إحدى وسائل حمل المدين على التنفيذ العينى

(الغرامة التهديدية *L'astreinte*)

المقصود بها :

٢٣- كثيراً ما يقتضى التنفيذ العينى للالتزام بعمل ، تدخلاً شخصياً من جانب المدين (كما فى حالة تعهد فنان مشهور بتنفيذ ديكورات مبنى) . عندئذ إذا امتنع المدين عن التنفيذ ، فليس أمام الدائن – والتنفيذ العينى القهرى غير ممكن فى هذه الحالة لما فيه من مساس بالحرية الشخصية للمدين [١]- سوى أن يقنع بتعويض عن الضرر الذى أصابه من مخالفة المدين لما التزم به فى مواجهته .

٢٤- وفى محاولة لإيجاد وسيلة غير مباشرة يمكن بها حمل المدين فى هذا النوع من الالتزامات على احترام تعهده ابتدع [٢] القضاء الفرنسى نظام الغرامة التهديدية . وهى مبلغ من المال يحكم به القاضى على المدين إذا امتنع عن تنفيذ التزامه بعد الأجل الذى حدده له وطيلة ما بقى هذا الامتناع . وهو يقدره عادة عن وحدة زمنية معينة تتتالى (باليوم مثلاً أو بالأسبوع أو بالشهر ... وهكذا) ، ليظل مبلغ الغرامة يتراكم مع توالى هذه الوحدة الزمنية وطيلة ما بقى موقف المدين معلقاً . حتى إذا ما تحدد : إما بالتنفيذ أو باستبانة امتناعه النهائى ، تمت تصفية مبلغ الغرامة على نحو ما سنرى فيما بعد .

---

(١) أو حسب تعبير البعض « حيث يبدو إكراهه على التنفيذ مستحيلاً ، أدبياً على الأقل » . ستارك بند/٢٠٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى ستارك بند/٢٥١٦ .

٢٥- وقد تعرض هذا الخلق القضائي لاعتراضات شديدة [١] من جانب بعض الشراح الفرنسية [٢] في بداية الأمر . لكن هذه الاعتراضات لم تثن محكمة النقض الفرنسية عن المضى فى تبنى هذا النظام الذى ابتكرته ، والذى لم يعدم أن يجد من الأنصار من أمكنهم تفنيد الانتقادات التى وجهت إليه[٣] .

٢٦- وعن القضاء الفرنسي ، نقل القضاء المصرى هذا النظام فى

---

(١) وأهم ما كان يؤخذ عليه ، أنه نظام لا يستند إلى أساس من القانون ، وأنه يخالف مبدأ وجوب تقدير التعويض بقدر الضرر لا بحسب جسامة الخطأ ، كما أنه يخالف مبدأ حجية الأمر المقضى ، ما دام أن القاضى لن يلبث فى النهاية حتى يرجع عن قراره وذلك بتصفية ما تراكم من مبلغ الغرامة . بل قيل بأن الغرامة ، وهى عقوبة تحكمية ، إنما تخالف مبدأ لا عقوبة إلا بنص .

لمزيد من التفاصيل فى هذه الانتقادات راجع :

BORE (J) La liquidation de l'astreinte comminatoire D 1966-chr- spec . Pp . 164-167 .

وراجع فى عرض مفصل لهذه الاعتراضات ، أورده : دييوا وجوديميه ، الصفحات من ٣٥٣-٣٥٦ ؛

FREJAVILLE (M) : L'astreinte . D 1949 – chr – p . 1

وانظر أيضاً :

ESMEN. (A) : L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte . R .T 1903 p . 5 .

(٢) من هذا الاتجاه : جوسران ، المرجع السابق بند/٥٩٧ ؛ بوزيه المقال السابق، على الأخص ص١٦٤ عامود ٢ ، والصفحات من ١٦٥-١٦٧ ؛ لوران، ديمولومب : أشار إليهما مارتى ورينو ، المرجع السابق ص٦٩١ هامش ٤ . كما يبدو يشكك فى شرعية هذا النظام كل من : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ١١٦ .

(٣) راجع فى تفاصيل هذه التفنيدات : ستارك بند ٢٥٢١ ؛ دييوا وجوديميه ص٣٥٣-٣٥٦ .

ظل المجموعة المدنية الملغاة ، وطبقه إذ ذاك دون سند من القانون [1] حيث لم تكن هذه المجموعة تنص عليه . أما فى ظل المجموعة المدنية الحالية ، فقد أصبح هذا النظام مقنناً ، حيث قضت المادة ٢١٣ مدنى بأنه « إذا كان تنفيذ الإلتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك »

على أن تعبير الغرامة التهديدية الذى أطلقه المشرع على هذا النظام ، بالمخالفة لما كان قد استقر فى ظل التقنين الملغى من إطلاق تعبير « التهديد المالى » عليه ، هو فى اعتقادنا محل نظر [2] . فالغرامة لها مدلولها المحدد فى قانون العقوبات ، وجوهرها أنها مبلغ نقدى تقدره المحكمة بشكل إجمالى وبصفة نهائية لا سبيل إلى مراجعته . وهى فى كل ذلك بعيدة كل البعد عن فكرة التهديد ، حين أن هذا الأخير هو – على العكس – الهدف الوحيد لهذا النظام . الأمر الذى يجعل من التعبير الذى اختاره المشرع منطوياً فى اعتقادنا على تناقض فى تركيبه : إذ ليس من سبيل فى الحقيقة إلى التوفيق بين لفظة غرامة ولفظة تهديد . وأولى منه العودة إلى تعبير « التهديد المالى » .

شروطها :

٢٧– فى ضوء نص المادة ٢١٣ مدنى سابقة الإشارة ، يمكن تلخيص

---

(١) أشار إلى ذلك : د . إسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام جـ٢ ، ١٩٦٧، بند ١٣ .

(٢) من منتقدى هذا التعبير أيضاً : د . إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ١٢ ؛ د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٨٠ هامش ٦ .

شروط التهديد المالى ، على النحو التالى :

١- أن يكون هناك التزام واجب التنفيذ على المدين :

فيجب من ناحية ، أن يصدق على ما يراد حمل المدين على تنفيذه من طريق هذا النظام ، وصف الالتزام بالمعنى الدقيق [١] ولا أهمية بعد ذلك لمصدر هذا الالتزام [٢] . ومن ثم فإنه لا يجوز مثلاً سلوك هذا السبيل لحمل المدين على حضور الجلسات أمام المحكمة فى الدعوى المرفوعة عليه من الدائن : لأن حضور الخصم ليس التزاماً عليه [٣]،[٤] .

كما يتعين من ناحية أخرى ، أن يكون التنفيذ العينى لهذا الالتزام لا يزال أمراً ممكناً [٥]؛ لأنه إذا كان على العكس قد استحال ، برئت بالفرض ذمة المدين مادام أن هذه الاستحالة كانت ترجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، ولم يعد من حق الدائن اللجوء إلى هذه

---

(١) ولذلك – مثلاً – رفضت محكمة النقض الفرنسية أن يحكم على زوج يهودى طلق زوجته ، بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم كتاب الطلاق لها ؛ لأن هذا التسليم « يشكل فى الحقيقة – بالنسبة له – رخصة تتصل بحرية اعتقاده الدينى ، لا يجعل إساءة استعمالها محلاً إلا للتعويض » . نقض فرنسى ١٩٨٢/٤/٢١ ، د ١٩٨٢ – أ.ر– ٣٢٥ .

(٢) الأعمال التحضيرية ص٥٣٥ .

(٣) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٣٣ .

(٤) كما لا يجوز اللجوء إلى الغرامة لحمل شخص على ذكر أسماء من اشتركوا معه فى جريمة ، لأن القانون لا يلزمه بذلك : فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ويشير فى نفس الاتجاه (ص٦٩٤ هـ١) إلى استئناف باريس ١٩٢٧/١١/١٠ .

(٥) ويستخلص من ذلك بعض الشراح الفرنسيين ، الصفة التبعية للغرامة فى العلاقة بالالتزام الأصلى الواجب التنفيذ : انظر ، ستارك بند ٢٥٢٤ .

الغرامة [1] . بل إنه حتى ولو كانت هذه الاستحالة بفعل المدين ، فإن اللجوء للغرامة سيظل غير متصور أيضاً ، مادامت بالفرض قد فقدت مبررها حيث « لا يمكن القهر على مستحيل » [2]، ولا يبقى أمام الدائن سوى طلب التعويض [3] .

٣- عدم إمكان أو عدم ملاءمة التنفيذ إلا من جانب المدين :

وهذا الشرط الذي حصرت على إبرازه المادة ٢١٣ مدني ، هو في الحقيقة مبرر هذا النظام من أساسه .

وقد سبق أن ذكرنا أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يقبل التنفيذ العيني المباشر دائماً [4] . وكذلك الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، بل وبعض صور الالتزام بعمل إذا كانت شخصية المدين غير ذات اعتبار بالنسبة للدائن ، أو في الحالات التي يمكن أن يقوم حكم القاضي فيها مقام تنفيذ المدين . ولذلك يكاد يقتصر نظام الغرامة على حالة الالتزام

---

(١) انظر على سبيل المثال : نقض (تجاري) فرنسي ١٩٣٩/٥/٢٥ (ج ب ١٩٣٩-٢-١١٧٥) .

(٢) « à l'impossible nul ne saurait être astreinte » .

ستارك بند ٢٥٣٨ .

(٣) انظر ، على سبيل المثال : استئناف ليون ١٩٥٣/٦/١ (س ١٩-٣-٤١) .

(٤) وقد رفض تطبيق الغرامة في هذا المجال نقض فرنسي ١٩١٨/١٠/٢٨ (س١٩١٩-١-٨٣ وتعليق هيبيني) . وانظر عكس ذلك نقض (تجاري) فرنسي ١٩٥٦/٤/١٧ (جـ .ك .ب ١٩٥٦-٢-٩٣٣٠ وتعليق فيليو) .

وفي الفقه الفرنسي : يرى البعض ضمناً عدم تطبيق الغرامة في هذا المجال : أنظر ستارك بند ٢٥٤١ (وإن كان يرى أن الهدف المقصود للغرامة هنا هو تفادي لجوء الدائن إلى إجراءات الحجز على أموال المدين) . بينما يؤيد البعض الآخر تطبيقها فيه : انظر مارتي ورينو بند ٦٧٢ ، ويقترب جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ .

بعمل (1) لا يمكن تنفيذه أو لا يلائم إلا من جانب المدين شخصياً (2) . وفى حالة الالتزام بامتناع عن عمل(3) إذا كان المطلوب هو امتناع مستمر(4)(5) .

* * *

(1) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض 1947/8/4 (ج .ب 1947-2-ملخص-30) ؛ محكمة السين التجارية 1954/1/18 (د . 1954-284) استئناف إكس 1928/4/19 (د. 1930-2-17 وتعليق بيك) ؛ نقض 1970/6/5 (جـ .ك .ب . 1970-4-196) .

(2) على أن يلاحظ أن هناك مجالاً من المسلم بأن الغرامة التهديدية لا يجوز اللجوء إليها فيه ، وهو مجال الحق الأدبى للمؤلف . فلا يجوز استعمال هذه الغرامة فى مواجهة هذا الأخير إذا كان فى استعمالها مساس بهذا الحق . ولا يكون أمام دائن المؤلف ، إذا امتنع هذا الأخير مثلاً عن تسليم مصنف تعهد بتسليمه للدائن – سوى أن يقنع بتعويض نقدى بدلاً من التنفيذ العينى . فى هذا المعنى : ستارك بند 2540 ؛ د . إسماعيل غانم بند 17 ؛ وفى القضاء الفرنسى نقض 1900/3/14 (د . 1900-1-497 وتقرير رو وتعليق بلانيول) .

(3) ومن التطبيقات القضائية لهذا الفرض انظر محكمة مارسيليا /1968/2 (جـ .ك .ب 1968-2-15600 وتعليق بيرون) .

(4) ومن ذلك تطبيق القضاء الفرنسى للغرامة لوقف مضايقات الجوار غير المألوفة . انظر مثلاً : استئناف أجو 1971/2/2 (ج .ب 1971-1-328) .

(5) وكان القضاء الفرنسى فى البداية قد توسع فى اللجوء إلى هذا النظام فاستعمله فى مجال الحقوق غير المالية ، وعلى الأخص حقوق الأسرة . بل إن بعض الأحكام لجأت إلى الغرامة فى سبيل الحث على احترام الالتزام بالمساكنة (أو المعيشة المشتركة) بين الزوجين .

أشار إلى هذا التوسع ، وإلى أحكام قضائية عديدة فى هذا المجال : مارتى ورينو بند 672 ؛ جوجلار (دروس مازو) بند 948 ؛ ستارك بند 2539 وهو يعلق – بحق – على استعمال الغرامة لتحقيق الهدف الأخير بأنه يؤدى فى النهاية إلى مسرحية هزلية أكثر مما يؤدى إلى التزام حقيقى .

وانظر فى التطبيقات الموسعة لهذا النظام :

ESMEIN (P) : Les astreintes . leurs nouvelles applications G .P 1941-1 doct – 81 .

٢٨- فإذا كان ما تقدم ، فإنه لا أهمية بعد ذلك لما إذا كان المدين شخصاً طبيعياً أو شخصياً اعتبارياً . ولم يتردد القضاء المدنى الفرنسى فى الحكم بالغرامة التهديدية ضد الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة [١] . ويحظى هذا الاتجاه بتأييد فقه القانون الخاص بدوره [٢]، مادام أن الإدارة ، على حد تعبير جوجلار « قد تقدم المثل على القدوة السيئة بأن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها حتى بعد أن تتأكد هذه الالتزامات بحكم القضاء » [٣] . فقط أثير التساؤل - بالمقابلة - عما إذا كان بالإمكان أن يقضى بالغرامة لمصلحة الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة فى مواجهة المدينين من الأفراد .

---

(١) انظر مثلاً : محكمة رن المدنية ١٩٤٨/١/٢٨ (ج .ب ١٩٤٨-١-ملخص-٢٦) ؛ محكمة مونبلييه المدنية ١٩٤٨/٩/١ (جـ .ك .ب ١٩٤٨-٢-٤٥٢٩ وتعليق M. F.) ؛ محكمة التنازع ١٩٤٨/٦/١٧ (جـ .ك .ب ١٩٤٨-٢-٤٤٣٧ وتعليق جورج) ؛ استئناف اكس ١٩٤٩/١٢/٢٧ (د . ١٩٥٠-٨٠) ؛ استئناف أورليان ١٩٥٠/٣/٢ (د . ١٩٥٠-٤٤٠) ؛ نقض تجارى ١٩٥٦/٤/١٧ سابق الإشارة إليه ؛ استئناف جرينوبل ١٩٦١/٥/١٠ (ج .ب ١٩٦١-٢- ملخص -٩) .

أما القضاء الإدارى الفرنسى فلا يتجه هذه الوجهة ، استناداً ، فى تقدير البعض - إلى مبدأ الفصل بين السلطات انظر : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ص٦٩٥ . ومن تطبيقات القضاء الإدارى فى هذا الاتجاه العكسى : حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٢٢/١١/١٥ (س ١٩٢٤ - ٣-٣٣ وتعليق هوريو) ؛ وفى ١٩٢٤/٢/٢٧ (د . أ ١٩٢٤-٢٦٨) ؛ وفى ١٩٣٣/١/٢٧ (د . ١٩٣٤-٣-٦٨) .

(٢) انظر : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ص ٦٩٥ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ؛ فريجا فيل ، المقال سابق الإشارة (١٩٤٩) ص ٣ عمود ١ وعكس ذلك : من فقه القانون العام : فالين أشار إليه فريجافيل .

(٣) جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ص ٩٢١ .

وفى هذا الخصوص يقبل القضاء المدنى الفرنسى ذلك [1]، فيما يتجه القضاء الإدارى وجهة عكسية ، على أساس أن الدولة تملك من وسائل القهر الفعالة والكافية فى مواجهة الأفراد ما يغنيها عن اللجوء لهذا النظام [2] .

٣- هل يشترط للحكم بالغرامة أن يطلبها الدائن من القاضى ؟:

٢٩- الفقه منقسم بشأن هذا الشرط . ويستند مشترطو طلبها [3]، إلى ذلك المبدأ الثابت فى قانون المرافعات وهو أن المحكمة لا يجوز أن تقضى بأزيد مما طلبه الخصم . وإلى أن مفاد نص المادة ١/٢١٣ مدنى التى قضت « بجواز » إن يحصل الدائن على حكم بإلزام المدين بالتنفيذ العينى وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك ، أن لجوء الدائن إلى هذه الغرامة هو رخصة له هو وليس للمحكمة ، التى لا يمكنها من ثم أن تلجأ إليها من تلقاء نفسها [4] . بينما لا يرى الفريق الآخر أية تعارض بين مبدأ قانون المرافعات سابق الإشارة وحكم القاضى بالغرامة من تلقاء نفسه ، على أساس من أن هذا الحكم ليس حكماً مستقلاً عن الحكم بالتنفيذ العينى ، وإنما هو مجرد وسيلة يكفل بها القاضى نفاذ هذا الحكم الأخير ، ومن حق القاضى أن يلجأ

---

(١) انظر مثلاً : محكمة نانت المدنية ١٩٥٢/٢/١٩ (ج .ب ١٩٥٢-١-٢٩٩) .

(٢) انظر مثلاً حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٣٣/١/٢٧ (د .١٩٣٤-١-٦٨) . وقارن مع ذلك حكم مجلس الدولة فى ١٩٥٦/٧/١٣ (ج .ب ١٩٥٦-٢-١٤٨) ، (ر .ت ١٩٥٩ ص٧٣٠ وملاحظات هنرى وليون مازو) .

(٣) من أنصار هذا الاتجاه : د . السنهورى بند ٤٥١ ؛ د . سليمان مرقس المرجع السابق بند ٦٠٨ ؛ د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٣٣ ؛ د . جميل الشرقاوى بند ١٢ ؛ د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٨٠ ؛ د . سمير تناغو ، نظرية الالتزام بند ٢٩٧ ؛ ومن الفقه الفرنسى : كولان وكابيتان ودى لامور انديير بند ١١٦ .

(٤) فى هذا المعنى : د . سلميان مرقس أحكام الالتزام ١٩٥٧ بند ٦٩ .

من تلقاء نفسه إلى ما يراه مناسباً من الوسائل التى أجازها له المشرع لكفالة نفاذ أحكامه [1][2] . وفي هذا المعنى الأخير يقول فرانك : إن القاضى يجب عليه ألا يكتفى بأن « ينطق بالقانون » وإنما عليه أيضاً أن يهتم بكفالة تنفيذ ما ينطق به ، والغرامة هى وسيلة إلى ذلك [3] .

٣٠- وفى اعتقادنا أن الاتجاه الأخير إذا كان هو الذى يستجيب والوظيفة الأساسية للغرامة ، وأنه إذا كان من المفهوم أن يتبناه غالبية الفقه

---

(١) من أنصار هذا الاتجاه : د . إسماعيل غانم بند ١٨ ؛ د . عبدالودود يحيى ، دروس فى النظرية العامة للالتزامات ج٢ ، ١٩٨٠ بند ١٧ ؛ ويقترب : د . أنور سلطان بند ٥٩ ، د . مصطفى الجمال ، الوجيز فى القانون المدنى (.... أحكام الالتزام) بند ٢٦٨ .

وفى الفقه الفرنسى : ستارك بند ٢٥٤٥ ؛ مارتى ورينو بند ٦٧١ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٢ ، بند ٩٤٤ ، فريجافيل مقال داللوز ١٩٤٦ سابق الإشارة ص٢ عمود ٢ .

KAYSER : L'astreinte judiciaire, et la responsabilité civile. R. T 1953 p . 226 No13 .

وقرب ديبوا وجوديميه ص٣٥٠ ؛ ومن الأحكام القضائية : نقض فرنسى ١٩٨٢/١٠/١٢ (د . ١٩٨٣ - أ .ر-٦٦) ، (وقد رتبت المحكمة على أن الغرامة تهدف إلى ضمان تنفيذ حكم القاضى ، أنها لا يمكن أن ترتب أثرها قبل إعلان هذا الحكم) ؛ نقض ١٩٦٨/٤/٢٦ (د . ١٩٦٨-٥٢٦ وتعليق فرانك) ؛ وقرب باريس ١٩٨٤/١/٣١
(د . ١٩٨٤ - ٢٨٣ وتعليق ليندون ؛ حيث تقول أن وظيفة الغرامة هى كفالة تنفيذ الحكم) .

(٢) وقد جاء فى الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢١٤ أن : « الغرامة التهديدية ليست ضرباً من ضروب التعويض وإنما هى طريق من طرق التنفيذ » . مشار لذلك فى معوض عبدالتواب ص/٤٣٠ .

(٣) فرانك ، تعليق على نقض ١٩٦٨/٤/٢٦ المشار إليه فى الهامش قبل السابق .

الفرنسي حيث لا نص هناك يقابل المادة ١/٢١٣ مدنى مصرى ؛ إلا أن الاتجاه الأول هو الذى يتمشى فى الحقيقة وصياغة النص المصرى الذى يجعل من اللجوء إلى الغرامة مجرد أمر جوازى للدائن . صحيح أن الفقرة الثانية من نفس النص تجيز للقاضى أن « يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » ، لكن السبيل إلى إمكانية هذه الزيادة لابد أن يطرقه الدائن أولاً بطلب الحكم بمبدأ الغرامة أساساً . هذا إلى أن هناك شبهة فعلاً أن يكون الحكم بها من تلقاء المحكمة نفسها ، مخالفاً لمبدأ قانون المرافعات سابق الإشارة ، مادام أن القاضى حين يصفى ما تراكم من مبلغها فى النهاية ، سوف يتعين عليه ، أن يضيف فوق ما يقابل ما أصاب الدائن من ضرر بالفعل من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، ما يقابل ما بدا من المدين من عنت عقاباً له . ولما كان الدائن ، بالفرض ، لا يستطيع أن يتكهن بمسلك المدين ، فإن الحصيلة النهائية لمبلغ الغرامة – التى تطوع القاضى بالحكم بها من تلقاء نفسه – ستكون أكثر مما توقع الدائن أن يحصل عليه من القضاء ، بل وأكثر مما طلبه منه . ولهذا إذا أريد أن يكون للقاضى هذه الرخصة ، فيتعين – فى تقديرنا – تعديل النص سابق الإشارة ليكون صريحاً فى هذا المعنى .

٣١– وأياً ما كان الأمر فى هذا الخلاف ، فإن من المسلم به أن للقاضى إزاء طلب الحكم بالغرامة ، سلطة تقديرية . وهو فى الحقيقة لن يستجيب لهذا الطلب إلا إذا قدر – من ظروف الدعوى – أن هناك أملا يرتجى ، من طريق الضغط على المدين بهذه الوسيلة ، أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً [(١)] .

---

(١) فى هذا المعنى ، نقض فرنسى (تجارى) ١٩٥٦/٤/١٧ سابق الإشارة .

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :

٣٢- يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بالميزات التالية :

١- التقدير الزمنى :

لا يحكم القاضى عادة بالغرامة كمبلغ محدد ثابت يهدد المدين بدفعه إذا لم ينفذ الالتزام ، وإنما يقدرها عن كل وحدة زمنية (كيوم أو أسبوع أو شهر) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه . وهذا هو أساس التهديد فى هذا النظام[1] . فالحكم بمبلغ ثابت ، ولو كان كبيراً ، قد يضعف – مع الزمن – تأثيره فى تهديد المدين ، فيما يظل – على العكس – تزايد المبلغ الصغير تدريجياً مع الزمن عاملاً مهماً فى الضغط والتهديد .

٢- التقدير التحكمى :

إن الوظيفة التهديدية لنظام الغرامة تقتضى أن يزيد تقديرها على مقدار الضرر الذى يلحق الدائن من جراء عدم التنفيذ . هذه الزيادة يستقل القاضى بتقديرها مراعياً فى ذلك قدرة المدين على المقاومة [2] . الأمر الذى يجعل من هذا التقدير أمراً تحكيماً . ويزيد من إبراز هذه الخاصية ما أعطته المادة ٢/٢١٣ للقاضى من أن يزيد فى الغرامة إذا رأى أن تقديرها ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع على التنفيذ . وفى كل ذلك تختلف الغرامة اختلافاً

---

(١) ولا يرى بعض الشراح فى التقدير الزمنى من جوهر نظام الغرامة التهديدية التى لا تتصور بدونه ، وإنما يمكن أن يحكم القاضى بها كمبلغ كلي (أو إجمالى) ، وإن كان ذلك قليلاً ما يحدث . انظر : ستارك بند ٢٥٢٥ ؛ ومن بين الأحكام القليلة التى طبقت أسلوب الغرامة الإجمالية انظر حكم نقض فرنسى ١٩٣٣/٧/٥ (س١٩٣٤-١-٣٣٧) .

(٢) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٤ ، ستارك بند ٢٥١٧ .

جوهرياً عن التعويض [1] الذى لا يجوز أن يقضى به إلا عن الضرر المحقق وبقدر هذا الضرر لا يزيد عليه [2] .

غير أن نجاح هذا النظام يقتضى – فى الواقع – عدم المغالاة فى التقدير وإلا أصبح البون شاسعاً بين المبلغ المتراكم والضرر الذى أصاب الدائن ، وعندئذ فإن تصفية الغرامة – حتى مع الأخذ فى الاعتبار لما بدا من المدين من عنت – سوف ينحسر عن تخفيض كبير فى قدرها . الأمر الذى يفقد هذا النظام هيبته وقدرته فى التأثير على المدينين المماطلين [3] .

٣- الصفة الوقتية :

إن التقدير الذى يحدده القاضى للغرامة لا يكون نهائياً ، وإنما هو مجرد تقدير وقتى ، مصيره إلى إعادة النظر فيه . وعلى ذلك نص المادة ٢١٤ مدنى ، وهو أمر مفهوم . ذلك أن علة قيام هذا الحكم تنتفى متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه : إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف [4].

ولعل هذه الخاصية بالذات هى أبرزم خصائص الغرامة التهديدية ، والتى تجعل الحكم بها غير حائز لقوة الأمر المقضى ، ولا قابلاً

---

(١) انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢١٤ سابق الإشارة إليها فى هامش/٢ من البند/٢٨ .

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٢٦ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٢ ؛ د .سمير تناغو بند ٢٩٧ ؛ وانظر أيضاً :

KAYSER (p) : L'astreinte jurdiciarire et la responsebilité civile . R .T . 1953 pp . 209-246 .

(٣) فى هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ٢٠ .

(٤) راجع الأعمال التحضيرية لنص/٢١٣ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص/٤٣٠ .

للتنفيذ [١] . ويظل للحكم هذه الصفة الوقتية ما بقى موقف المدين معلقاً [٢] .

أما فى فرنسا فقد أصاب نظام الغرامة التهديدية – الذى لاقى من الهجوم أشده فى بداية نشأته – تطور كبير فى الوقت الحاضر [٣] . حتى أن بعض المحاكم [٤]– يؤيدها فى ذلك جانب من

---

(١) فى هذا المعنى : استئناف ديجون ١٩١٠/٤/٢٨ (د . ١٩١٢-٢-٣٦) ؛ استئناف اكس ١٩٣٧/٢/١٥ (د .أ ١٩٣٧-٢١١) ؛ وانظر – مع ذلك – فى جواز التنفيذ المؤقت للغرامة فى حالة الاستعجال : محكمة السين المدنية ١٩٤٧/٤/٢ (ج .ب ١٩٤٧-١-٢٢١) ؛ وفى ١٩٤٨/١١/٣٠ (ج .ب ١٩٤٩-١-٥٢) ، وفى ١٩٥٠/٣/١٤ (ج .ب ١٩٥٠-١-٢٨٣) . ويؤيد هذا الاتجاه الخير ضمناً : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٥٠ .

(٢) وقد اتجهت بعض الأحكام فى فرنسا إلى التسليم للدائن بالحق فى أن يطلب تصفية جزئية ومؤقتة للغرامة عن المدة السابقة على الطلب ، حتى يمكن أن ينفذ بها على أموال المدين : انظر : محكمة تولوز المدنية ١٩٤٩/١٠/٢٥ (ر .ت ١٩٥٠ ص٨٨ وملاحظة ايبرو) ، محكمة السين المدنية ١٩٥٠/١/٢٩ (ر .ت ١٩٥٠ ص ٤٠٣ وملاحظة رينو) ؛ محكمة شربور المدنية ١٩٥٠/١٢/٤ (س . ١٩٥٣-٢-٩ وتعليق موريس) ، (ر .ت ١٩٥١ ص٢٥٦ وملاحظة هنرى وليون مازو) ؛ محكمة باريس ١٩٨٤/١/٣١ (د . ١٩٨٤-٢٨٣ وتعليق ليندون) .

ويؤيد بعض الشراح هذا الاتجاه ، لأن فى تأخير التنفيذ الفعلى للغرامة حتى تصفيتها النهائية ما يضعف من تأثيرها على المدين . انظر مارتى ورينو بند ٦٧٨ .

(٣) راجع فى هذا التطور :

RASSAT (M .L) : Lastreinte définitive J .C .P 1967-1 doit – 2069 .

(٤) انظر . على الأخص ، استئناف باريس ١٩٦١/٢/١٦ (جـ .ك .ب ١٩٦١-٢-١٢١٤٦ وتعليق بيير مازو) . (ر .ت ١٩٦١ ص٥٠٢ وملاحظة تانك) ؛ واستئناف ريوم ١٩٦٦/٧/٤ (جـ .ك .ب . ١٩٦٦-٤-٤٩٧٤) ، وانظر أيضاً : نقض فرنسى ١٩٥٧/١/٣١ (س . ١٩٥٧ – ٩٢) : نقض ١٩٥٩/١١/٤ (د . ١٩٥٩-٥٣٣) ؛ نقض ١٩٦٤/٦/٣٠ (جـ .ك .ب ١٩٦٥-٢-١٤١٦٢ وتعليق بلاييفويه) .

الشراح [1]- لم تجد مانعاً من الحكم على المدين بغرامة نهائية astreinte définitive ، أى بمبلغ إجمالى يحدد بصفة نهائية لا يقبل المراجعة ، ويستحق على المدين مستقلاً عن الحكم عليه بالتعويض لعدم تنفيذه لالتزامه أو لتأخره فى هذا التنفيذ . ومثل هذا التطور ، الذى لا يزال استثنائياً فى حقيقة الأمر ويلقى معارضة بعض الشراح [2]، يشوه فى الوقع طبيعة هذا النظام ويحيد به عن صفة التهديد فيه، ليغدو معه أقرب إلى العقوبة الخاصة الحقيقية La peine privée . وهو بهذه الصفة الأخيرة لا يمكن الأخذ به فى مصر حيث لا نص يعطى للقاضى هذه السلطة . بل إنه يتعارض وما يفهم من المادة ٢١٤ مدنى من وجوب إعادة النظر فى الغرامة بعد أن يتحدد موقف المدين نهائياً .

مآل الغرامة التهديدية [3]:

٣٣- متى استبان موقف المدين نهائياً ، بأن قام بتنفيذ التزامه أو أصر نهائياً على التخلف ، استنفدت الغرامة الغرض منها أو بتعبير آخر ، انتفت علة قيام الحكم الصادر بها ، وأصبح من المتعين على القاضى أن يعيد النظر فى هذا الحكم ليفصل فى موضوع الخصومة نفسها : فإذا كان المدين قد أوفى بالتزامه

---

(١) انظر : مارتى ورينو بند ٦٦٨ : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٥ .

(٢) انظر على الأخص :

MEURISSE : L'astreinte non comminatoire . G .P . 1948-2-doct-11 .

(٣) راجع فى تفاصيل تصفية الغرامة ، مقال بوريه (١٩٦٦) سابق الإشارة .

حطّ عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به وألزمه بالتعويض عن التأخر لا أكثر . وإن أصرّ المدين على عناده نهائياً قدرَّ القاضى التعويض الواجب للدائن عن الضرر الناشئ عن عدم التنفيذ . وهذا التقدير يشمل أساساً ما أصابه من خسارة وما فات عليه من كسب بحسبانهما عنصرى التعويض فى الأصل العام .

ولو أن هذا وحده كان هو المآل النهائى للغرامة ، لفقدت كل تأثيرها تقريباً [١]، طالما أن المدين يعرف منذ البداية أنه مهما كان مبلغ الغرامة المحكوم عليه به ، فإن ما سيدفعه فى النهاية هو ما يعادل تماما ما أصاب الدائن من ضرر . وقد اتجهت بالفعل محكمة النقض الفرنسية – التى كان لها فضل خلق هذا النظام – هذه الوُجهة لبعض الوقت [٢] . لكنها ما لبثت أن عدلت عن هذا الاتجاه ، وتركت لقضاة الموضوع سلطتهم التقديرية فى تصفية الغرامة غير متقيدين بقدر الضرر الذى

---

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٥١ ؛ فريجافيل مقال داللوز سابق الإشارة ص١ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٥ ؛ مارتى وريبو بند ٦٧٩ (وإن كانا يقولان ، أن أخذ خطأ المدين فى الاعتبار عند تصفية الغرامة ، إن كان يزيد من فاعليتها حقيقة ، إلا أنه يشكك فى شرعيتها) .

وراجع ، على العكس ، فى وجوب تصفية الغرامة بقدر الضرر تماماً : جوسران بند ٥٩٧ ، بوريه المقال السابق ، وعلى الأخص ص١٦١ عمود ٢ ، ص١٦٢ عمود ١ .

(٢) متأثرة بقانون صدر فى ٢١ يوليه ١٩٤٩ كان يوجب تصفية الغرامة على هذا النحو فى مجال محدد (وهو مجال الأحكام بطرد المستأجرين فى خصوص إيجار الأماكن) . انظر : نقض فرنسى ١٩٥٠/١١/٣٠ (جـ. ك .ب ١٩٥١-٢-٦٠٨٩ وتعليق فريجافيل)؛ نقض ١٩٥٣/٢/٢٧ (س .١٩٥٣-١-١٩٦) .

أصاب الدائن [1] .

أما المشرع المصرى فكان منطقياً منذ البداية ، حين حرص فى المادة ٢١٤ مدنى على ضرورة أن يراعى القاضى ، عند تصفيته للغرامة وتحديد المبلغ الذى يستحق نهائياً للدائن : الضرر الذى أصاب هذا الأخير بعنصريه سابقى الإشارة (الخسارة اللاحقة والكسب الفائت) وكذلك « العنت الذى بدا من المدين » أو بعبارة أكثر تفصيلاً ، أن يراعى « ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض » [2] . لتلعب الغرامة بهذا الشكل دوراً جزائياً إلى جانب ما تكفله من تعويض للضرر [3][4][5] .

---

(١) انظر نقض ١٩٥٩/١٠/٢٠ (د . ١٩٥٩-٥٣٧ وتعليق هوليو) ؛ نقض ١٩٦٠/١/٢٠ (جـ .ك.ب ١٩٦٠-١١٤٨٣) .

(٢) انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢١٤ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص/٤٣٠ .

(٣) ويبقى فارق بين النص المصرى ، وما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية من العدول سابق الإشارة ، فى أنها تترك لقضاة الموضوع سلطتهم التقديرية فى كيفية تصفية الغرامة ، حين أن النص المصرى يجعل تصفيتها على النحو المشار إليه أمراً إلزامياً بالنسبة للقاضى .

(٤) وفى حكم حديث لها ، استلزمت محكمة باريس الابتدائية (الاستئنافية) أن يؤخذ فى الاعتبار عند تصفية الغرامة « جسامة خطأ المدين . وفى تقدير هذه الجسامة يجب أن يوضع فى الحسبان سوء نية المدين وما أبداه من تعنت » . فى ١٩٨٤/١/٣١ (د . ١٩٨٤-٢٨٣ وتعليق ليندون) .

(٥) فى هذا المعنى : د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٧١ ؛ د . جميل الشرقاوى بند ١٩ . وهو ما عبرت عنه أيضاً الأعمال التحضيرية بالقول بأنه « فى هذا النطاق (أى نطاق مواجهة الممانعة تعنتاً باعتبارها عنصراً أدبياً فى احتساب التعويض) يتمثل لب نظام الغرامة المالية ومعقل القوة فيه » مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص/٤٣٠ .

خاتمة الفصل الأول :

الاستثناءات

على مكنة الإجبار على تنفيذ الالتزام المدنى [1]

تحديد إطار الدراسة :

٣٤- ذكرنا أن الالتزام المدنى ينشأ لينفذ ، وأن المدين إذا لم يشأ أن ينفذ هذا الالتزام طواعية أمكن للدائن جبره على تنفيذه .

غير أن ثمة حالات تعتبر استثنائية على هذا المبدأ ، فيها يكون للمدين - فى الالتزامات التعاقدية - رخصة العدول عن تنفيذ التزامه العقدى أو عن إتمام هذا التنفيذ .

ونتخير مثالين لهذه الحالات الاستثنائية ، أحدهما من التطبيقات التقليدية فى العقود ، وهو : رخصة التحلل من العقد وإيقاف تنفيذه فى عقود المقاولة ، والآخر من التطبيقات الحديثة ، فيها وهو : رخصة الرجوع فى عقود الاستهلاك فى التجارة الالكترونية . ونعرض لهذين التطبيقين كل فى مبحث على حدة ، وذلك بالإيجاز الذى يقتضيه المقام حيث أنهما من الموضوعات التى تعرض فى دراسات متخصصة .

تقسيم :

من ثم نوزع الدراسة فى هذه الخاتمة الفصلية ، على مبحثين على النحو التالى :

---

(١) وقد خصصنا بالذكر « الالتزام المدنى » كى نستبعد من الموضوع الالتزام الطبيعى ، الذى هو - بطبيعته نفسها - لا يقبل الجبر على تنفيذه ، وذلك كأصل لا كاستثناء .

المبحث الأول

رخصة التحلل من العقد وإيقاف تنفيذه فى عقود المقاولة

(إنهاء المقاولة بإرادة رب العمل المنفردة) [1]

النصوص القانونية :

نظمت هذا الاستثناء المادة ٦٦٣ مدنى ، ويجرى نصها على النحو التالى :

« ١- لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات ، وما أنجزه من العمل ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل .

٢- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً . ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر » .

مبرر الاستثناء :

٣٥- ويظهر من هذا النص أنه يشكل خروجاً على الأصل المقرر بالمادة ١/١٤٧ مدنى ، من عدم جواز نقض العقود أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين ، فقد خول لرب العمل رخصة التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة وإيقاف تنفيذه فى أى وقت قبل إتمامه ، بما لا يعد – معه – بإمكان

---

(١) لدراسة أوفى لهذا الاستثناء ، راجع على الأخص : محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة ، طبعة ١٩٦٢ ، الصفحات من ١٨٨ إلى ١٩٨ البنود من ١٥٤ إلى ١٥٩ .

المقاول (كدائن) أن يصر على تنفيذ رب العمل لالتزامه عيناً [1] .

٣٦- ويبرر هذا الخروج الاستثنائي على مبدأ إمكان الجبر على تنفيذ الالتزام المدني عيناً ، طبيعة عقود المقاولات وبخاصة المتعلقة منها بإنشاء مبان ، حيث تفترض هذه العقود أن يستغرق تنفيذها فترة من الزمن غير قصيرة قد تطرأ خلالها ظروف شخصية ، أو تجدّ لرب العمل أسباب تدعوه إلى العدول عن تنفيذه العقد [2] .

ضوابط استعمال رخصة الإنهاء :

٣٧- إنما لرب العمل أن يستعمل هذه الرخصة ويتحلل من العقد دون أن يكون ملزماً ببيان الأسباب والمبررات التي تدعوه لذلك [3]، ولا يصح أن ينظر لهذا الاستعمال ، في أية حالة ، على أنه في ذاته تعسف . بل ولا يجوز للقضاء نفسه مراقبة رب العمل في هذا الاستعمال [4] .

(١) وتفترض الرخصة محل البحث أن إنهاء المقاولة يكون في النطاق المحدد لها ، أو بعبارة أخرى في النطاق المحدد أصلاً لالتزامات رب العمل . لذلك جاء في حكم للنقض أنه : « متى قام الحكم بتحديد نطاق الالتزام في عقد المقاولة ، ورفض دعوى الطاعن (المهندس المعماري) فيما يجاوز هذا النطاق الذي استوفى عنه أجره كما استوفى زيادة عليه اجر تصميم وتنفيذ عمل آخر ، دون أن يقوم ببحث دفاع الطاعن بشأن تحلل المطعون ضدها (رب العمل) من تنفيذ ما يجاوز حد الإلزام ، فإنه لا يكون قد خالف نص المادة ٦٦٣ مدنيّ أو شابه قصور في التسبيب » ، نقض ١٩٦٧/٥/١٦ طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ق مجموعة المكتب الفني س١٨ ص١٠٠٥ ، ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالتواب المرجع السابق ، الجزء الثاني ص١٣١٨ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ في الطعن رقم ٩٧٧ لسنة ٤٧ق مشار إليه في : معوض عبدالتواب ، ص١٣١٨ .

(٣) نبيلة رسلان عقد المقاولة ١٩٩١ ص٢٦٨ .

(٤) لبيب شنب ، ص١٩٧ بند١٥٦ .

لكن ما تقدم ليس ينفى أنه إذا ما فرض وكان استعمال رب العمل لرخصة الإنهاء قد اقترن بخطأ من جانبه ، خطأ سبب للمقاول ضرراً مستقلاً عن الخسارة التى لحقت به والكسب الذى فات عليه جراء عدم تنفيذ المقاولة ، فإن رب **العمل** يكون ملزماً إذ ذاك بتعويض ذلك الضرر طبقاً للقواعد العامة وفى حدوده . كأن يعلن رب العمل مثلاً بأية وسيلة من وسائل العلنية ، أنه يقدم على إيقاف تنفيذ المقاولة وإنهائها لما تبين له من سوء أداء المقاول أو لما اتضح له من عدم خبرته ، فأمثال هذه الإعلانات التشهيرية تضر بسمعة المقاول وتوجب مسئولية رب العمل التقصيرية فى مواجهته . ويؤصل البعض هذه المسئولية على أساس من أنها جزاء على تعسف رب العمل فى استعمال رخصة الإنهاء [1] وهو تأصيل منتقد ، لأن للتعسف فى استعمال الحق معايير (ثلاثة) محددة يصعب تصور انطباق أى منها على المثال المضروب .

من له رخصة إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة ، ومبرر التحديد الحصرى :

٣٨- والنص واضح فى أن رخصة التحلل من عقد المقاولة وإيقاف تنفيذه مقررة لرب العمل دون المقاول ، فلا يستطيع هذا استعمالها ، اللهم إلا إذا اتفق على ذلك مع رب العمل .

ولكن إذا عهد المقاول بالعمل إلى مقاول من الباطن ، فإن المقاول الأصلى يعتبر رب عمل فى علاقته بهذا الأخير ، وبالتالى يكون له الحق فى إنهاء المقاولة من الباطن بإرادته المنفردة » [2] .

---

(١) نبيلة رسلان ص٢٦٧ .

(٢) شنب ص١٩٠ بند ١٥٥ ، وعكس ذلك الفقه الفرنسى المشار إليه فيه هامش/١ .

وتنتقل هذه الرخصة – بداهة – إلى ورثة رب العمل . فإن كانوا متعددين « واستمر المقاول فى إنجاز العمل شائعاً لحسابهم ، جاز لمن يملك أو لمن ينتظر أن يملك ، ثلاثة أرباع العمل ، أن ينهى العقد ، على أساس أن ذلك يعتبر تصرفاً فى نتيجة العمل ، فتملكه الأغلبية المتقدمة وفقاً للمادة ٨٣٢ من القانون المدنى »[(١)][(٢)] .

وإذا حول رب العمل حقوقه الناشئة عن المقاولة إلى الغير ، فإن المجال له (كخلف خاص) يستطيع أن يستعمل رخصة الإنهاء بإرادته المنفردة[(٣)] .

إنما لا يستطيع دائنو رب العمل طلب إنهاء المقاولة بالنيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة ، فهذا الإنهاء رخصة لرب العمل كما قلنا ، ومن المقرر – فى الدعوى غير المباشرة – أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل ، بها ، ما هو

---

(١) التى تقضى بأن « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً » . راجع فى تفاصيل أحكام التصرف فى المال الشائع ، مؤلفنا : موجز تنظيم حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ، طبعة ، ١٩٩٨ الصفحات من ٣١٦ إلى ٣٢٧ البنود من ٥٠٩ إلى ٥٣٣ .

(٢) شنب ص١٩٠ بند ١٥٥ . وانظر – فى تأسيس هذا الحكم – على أساس من أن وقف الأعمال يتعلق بملكية رب العمل للأعمال محل التنفيذ فى عقد المقاولة ، نبيلة ص٢٦٦ .

(٣) السنهورى ، الوسيط ، الجزء٧ ص٣٠٩ ، وانظر أيضاً : شنب ص١٩٠ بند ١٥٥ .

مقرر للمدين من الرخص [1] .

٣٩- وقيل – فى قصر الرخصة محل البحث على رب العمل وعدم امتدادها إلى المقاول بدوره – أنه يجد تبريره فى « طبيعة المصلحة المستهدفة في عقد المقاولة . فالمصلحة فى إتمام العمل هى لرب العمل ، فإذا رأى أن مصلحته في عدم إتمامه جاز له التحلل من المقاولة على أن يعوض المقاول . أما المقاول فالأصل أنه لا مصلحة له فى أن يتم العمل حتماً ، وإنما مصلحته فى أن يتقاضى تعويضاً كاملاً إن لم يتم إنجاز هذا العمل » [2] .

نطاق رخصة الإنهاء :

أ- نوعياً :

٤٠- إنما يظهر – بالمقابلة – من نص المادة ٦٦٣ ، أن الرخصة المقررة فيه مكفولة لرب العمل فى جميع عقود المقاولات وذلك أياً كانت طبيعة العمل محل المقاولة [3]، وإن كنا نعيد القول بأن أبرز تطبيقات هذه الممارسة ، عملاً ، إنما تكون فى عقود مقاولات الإنشاءات العقارية ، والبنائية منها على وجه الخصوص . كما أنها عامة فى جميع عقود

(١) انظر لاحقاً ص٨٨ وما بعدها ، بند ٩٢ وما بعده ، وفى هذا المعنى أيضاً انظر : لبيب شنب ص١٩٠ بند ١٥٥ .

(٢) نبيلة رسلان : ص٢٦٣ ، وهى تضيف (ص٢٦٣ ، ٢٦٤) – مستلهمة من حكم نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ سابق الإشارة – أنه : « وحتى إذا تبين أن للمقاول مصلحة أدبية فى إتمام العمل ، كأن تكون المقاولة عملاً فنياً له قيمة فيؤدى التحلل من المقاولة إلى أن تتأثر سمعة المقاول بهذا التحلل ، فالقانون يسمح بتعويضه طبقاً للقواعد العامة » .

(٣) فى هذا المعنى أيضاً : نبيلة رسلان ، ص٢٦٨ .

المقاولات الإنشائية هذه أياً كانت الطريقة المتبعة فى تحديد الأجر فيها ، أى سواء تمت المقاولة بطريقة الأجر الإجمالى ، أو بطريقة الأجر المقدر بمقايسة بسعر الوحدة [1] .

ب- زمانياً :

٤١- ويتعين على رب العمل ، إن شاء استعمال هذه الرخصة ، أن يظهر إرادته واضحة فى هذا المعنى قبل إتمام الأعمال محل المقاولة ، وعلى ذلك صريح المادة ٦٦٣ . وهو قيد (زمنى) مفهوم فى الحقيقة ، فمبرر الرخصة ، السابق بيانه ، يقتضيه . أما بعد تمام العمل فلا يعد من مبرر لاستعمال تلك الرخصة . ويعبر البعض عن ذلك بالقول بأنه ، بعد تمام

---

(١) وإن كانت المقاولات المبرمة بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة قد خص المشرع إنهاءها ، قبل إتمامها ، بأحكام خاصة ، تواجه فرضاً خاصاً (هو أن يتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدّرة مجاوزة محسوسة) . ونكتفى بإثبات نص المادة المنظمة لهذه الأحكام الخاصة (محيلين فى تفاصيل شرح هذه الأحكام للدراسات المتخصصة ، انظر فى ذلك ، محمد لبيب شنب ، ص١٩٦ وما بعدها بند ١٥٩) :

فتنص المادة ٦٥٧ على أنه : « (١) إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات . (٢) فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال ، مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » .

العمل ، فإن الحق فى التحلل من العقد يسقط [1]، وهو تعبير محل نظر ، لأن سقوط الحق يكون حال وجوده ، وجزاء على مسلك ما من صاحب هذا الحق . أما هنا فرخصة الإنهاء مقيدة بفترة زمنية حدها النهائى إتمام الأعمال . فإذا أدركها هذا الحد النهائى انتهى وجودها هى نفسها بانتهائه ولم تعد قائمة حتى تسقط .

إنما ، طالما أن العمل محل المقاولة لم يكن ، بعد ، قد تم ، فإن رب العمل يستطيع استعمال رخصة وقفه والتحلل من العقد « أياً كانت المراحل التى قطعها المقاول فى سبيل التنفيذ ، بل ولو كان لم يبدأ هذا التنفيذ بعد » [2] .

٤٢- والقواعد السابقة يتعين إعمالها أيضاً « على التعاقد الذى يبرمه رب العمل مع المهندس المعمارى ، باعتباره من عقود المقاولة » [3] .

والرخصة محل البحث لا علاقة لها بخطأ المقاول فى تنفيذ المقاولة . صحيح أن هذا الخطأ يمكن – بدوره – أن يكون منشأ سبب يتيح لرب العمل فرصة التحلل من عقد المقاولة بطلب فسخه . لكن يظل مع ذلك أساس الفكرتين (التحلل من المقاولة بناء على رغبة رب العمل فى عدم المضى

---

(١) نبيلة ص٢٦٥ .

(٢) لبيب شنب ص١٩١ بند ١٥٦ وأحكام القضاء الفرنسى المشار إليه فيه هامش ٣ ، وانظر أيضاً : نبيلة ص٢٦٥ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٥/١٦ طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق مجموعة المكتب الفنى س١٨ ص١٠٠٥ ، وانظر فى طبيعة العقد الذى يبرمه رب العمل مع المهندس المعمارى ، مؤلفنا : مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دراسة مقارنة فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى ، طبعة ١٩٨٥ الصفحات من ١٨ إلى ٢٣ البنود من ٤ إلى ٨ .

فى تنفيذها ، والتحلل منها بفسخها جراء خطأ المقاول فى التنفيذ) ، ومبرر كل منهما ، والآثار المترتبة عليهما ، مختلفة تمام الاختلاف ، بما لا يتسع المقام لتفصيله .

طريقة استعمال رخصة الإنهاء :

٤٣- والمادة ٦٦٣ لا تلزم بأن يكون استعمال الرخصة المقررة بها في شكل محدد ، ومن ثم فإن لرب العمل أن يختار ما يراه فى هذا الشأن ، فله أن يخطر المقاول بإنهاء المقاولة بخطاب ولو عادى أو حتى بمجرد إخطار شفوى ، وعليه - فى كل الأحوال - إثبات حصول هذا الإخطار .

التعويضات التى يستتبعها إعمال رب العمل لرخصة الإنهاء :

٤٤- ووفقاً لنص المادة ٦٦٣ ، يكون استعمال رب العمل لهذه الرخصة في مقابل « أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل [١] . هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، لئن كان النص المشار إليه لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبة رب العمل بتعويضه أدبياً عن تحلله بإرادته المنفردة من عقد المقاولة ، إلا أنه لم يحرمه من هذا الحق الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى . ومن ثم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويض عما أصابه من ضرر أدبي إذا تبين له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيما لو أتيحت له فرصة إتمام أعمال المقاولة » .

(١) انظر من تطبيقات القضاء ، نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ سابق الإشارة إليه .

٤٥- وطبقاً للفقرة ٢ من المادة ٦٦٣ - « يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً .

ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر (١) .

التعديل الاتفاقى لأحكام رخصة الإنهاء :

٤٦- والأحكام السابقة جميعاً هى مجرد أحكام مقررة ، وبالتالى يجوز للطرفين (رب العمل والمقاول) الاتفاق على خلافها . وتطبيقاً لذلك ، جاء فى حكم للنقض أن : « الأصل فى عقد المقاولة أنه عقد لازم وأنه طبقاً لنص المادة ٦٦٣ من القانون المدنى يجب على رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل إتمامه أن يعوض المقاول ، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل المقرر لمصلحة المتعاقدين باتفاقهما على حق رب العمل فى التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضه دون دفع تعويض للمقاول أو باتفاقهما على تحديد نطاق الإلزام فى جزء من العمل ليخرج الجزء الباقى عن نطاق الإلزام بالتنفيذ أو بطريق التعويض .. » (٢)(٣) .

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ فى الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ق ، مجموعة المكتب الفنى س٣٠ ص٧٦٦ ، وفيه أضافت المحكمة « عدم جواز التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض » .

(٢) نقض ١٩٦٧/٥/١٦ سابق الإشارة إليه .

(٣) راجع فى تفاصيل هذه النتائج : لبيب شنب ص ١٩٣ وما بعدها بند ١٥٧ ، نبيلة رسلان ص٢٦٩ وما بعدها ، بند ١٥٦ .

المبحث الثانى

رخصة الرجوع [1] فى عقود الاستهلاك

(فى التجارة الالكترونية)

٤٧- لعل هذه الوسيلة هى - بحق - أبرز تطبيقات الاستثناءات على مبدأ مكنة الإجبار على تنفيذ الالتزام المدنى إذا لم يشأ المتين به أن ينفذه طواعية ، وأكثر الخطوات التى خطاها المشرع الفرنسى جرأة ، على الإطلاق ، فى مسيرة حماية المستهلك [٢][٣] فى مجال التجارة الالكترونية [٤]

(١) لدراسة أوفى لهذه الرخصة راجع :

PAISANT (Gilles) : La loi du 6 janv, 1978 sur les opérations de vente à distance et le télé-achat J .C .P 1988- doct-3350 No: 5-20 .

والمراجع المشار إليها فى الهوامش المتعلقة بهذه البنود .

(٢) راجع - فى المقصود بالمستهلك ، محمد شكرى سرور ، التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك ، بحث مقدم لمؤتمر « الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية » دبىّ ، أكاديمية الشرطة (٢٨/٢٦ ابريل ٢٠٠٣) ، منشور فى بحوث المؤتمر (محور المعاملات المدنية) الكتاب /٢ ، الصفحات من ١٠٥-١١٣ البنود ٧-١٣ .

(٣) وقد عرف المشرع المصرى ، المستهلك ، فى المادة/١ من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بأنه : « كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجرى التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص » . كما عرف المنتجات بأنها : « السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص ، وتشمل السلع المستعملة التى يتم التعاقد عليها من خلال مورد » .

(٤) راجع - فى المقصود بالتجارة الالكترونية ، بحثنا سابق الإشارة إليه ، الصفحات من ١٠١-١٠٥ البنود من ١-٦ .

ويعرف البعض ما أسماه عقد الاستهلاك الالكترونى بأنه : « العقد الذى يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكترونى للبيانات وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية » . خالد ممدوح إبراهيم : حماية المستهلك فى المعاملات الالكترونية - دراسة مقارنة ، ٢٠٠٧ ص٢٧١ .

كون هذه الرخصة تضرب فى مبدأ راسخ يعد من قبيل الثوابت هو مبدأ القوة الملزمة للعقد . بل لعلها أكثر وسائل حماية المستهلك ملاءمة لخصوصيات نظام التجارة الالكترونية على وجه التحديد من حيث ينعدم التواصل المباشر كلية تقريباً بين المهنى والمستهلك ، هذا الأخير الذى تعميه إغراءات الدعاية والإعلان بالمواقع الالكترونية والتسهيلات التى تمنحها السوق الالكترونية للمستهلك فيندفع إلى الاستجابة لهذه الإغراءات لا يكلفه الإقدام على التعاقد سوى برهة هى برهة النقر على الموقع الالكترونى وإدخال بيانات بطاقة الائتمان . فحقّ له ، والحال كذلك ، أن تتاح له فرصة لتصحيح وضعه والرجوع فيما أقدم عليه ، دون أن يكون ملزماً بتبرير هذا الرجوع (فظروف التعاقد نفسها فيها المبرر الكافى) ودون أن يكون عليه دفع تعويض عن ذلك الرجوع ، قد يكون حجمه (أى ذلك التعويض) سبباً فى إثناء المستهلك عن الإفادة منه ، وأن تكون هذه الرخصة مكفولة للمستهلك بنص آمر لا يجوز الاتفاق على مخالفته حتى لا يسقط فى براثن سطوة المهنيين [1] .

٤٨- هذا وليس يهم كثيراً فى حقيقة الأمر تحديد اللفظ الذى يكون من المناسب استخدامه للتعبير عن هذه الوسيلة ، وما إذا كان هو رخصة « الرجوع » أو « العدول » أو « التنازل » أو « إعادة النظر » أو « الإلغاء » أو « النقض » أو « السحب » أو حتى « الحق فى الندم » Droit de repentir [2]، وإنما المهم هو الوسيلة ذاتها وكيف أن من شأنها

---

(١) بيزان (ج) بند /١٦ .

(٢) راجع فى هذه الاستخدامات والتعليق عليها ، محمد السعيد رشدى ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة « مع التركيز على البيع بواسطة التليفزيون » ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨ص/٩٧ وما بعدها ، والفقه المشار إليه فيه هامش /١٥٣ .

إعادة التوازن مرة أخرى إلى ما اختل بسبب الطيش والتسرع من جانب أحد المتعاقدين الذى ، هنا ، هو المستهلك .

٤٩- هذه الوسيلة تقررت فى فرنسا ، لأول مرة ، بقانون ١٢ يوليه ١٩٧١ فى شأن التعليم بالمراسلة ، إذ أتاح هذا القانون لراغب الدراسة رخصة الرجوع فى تعاقده مع المؤسسة التعليمية ، مقدمة الخدمة ، وذلك خلال الشهور الثلاثة من تاريخ بدء تنفيذ العقد . ولكون الدارس يكون - عادة - قد سبق له أن تسلم وسائل التعليم ، فإنه يلتزم ، فى مقابل رجوعه ، بتعويض المؤسسة وذلك فى حدود ٣٠% على الأكثر من تكلفة التعليم فى الصفقة التى أبرمها .

ثم أعقب هذا القانون قانون ٣ يناير ١٩٧٢ فى شأن الترويج المالى Demarchge financiér فأتاح للمكتتب/المدخر مهلة ١٥ يوماً على الأقل ، من تاريخ الاكتتاب ، يمكنه خلالها إلغاء التعاقد . وكانت خطوة هذا القانون فى حماية المستهلك أوسع من سابقه ، إذ جعل هذا الحق فى الإلغاء من دون تعويض .

بعد ذلك توالت القوانين فى هذا الاتجاه ، فصدر - مثلاً - قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ فى شأن الترويج بالموطن Demarchage à domicile (أى الترويج لدى المستهلك) ونصت المادة/٣ منه على أن : « للعميل - فى السبعة الأيام من الطلب أو من التعهد بالشراء ، رخصة التنازل عنه بموجب خطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول » ، وكل تعطيل لهذا الحق يكون باطلاً (١) .

---

(١) لمزيد من التفاصيل فى رخصة الرجوع وتطويرها ، راجع :
MALINVAUD (Ph) La protection de consommateurs D 1981- chro – 49 .
والمراجع المشار إليها فيه فى هامش ٣٠ .

٥٠- ورغم أن رخصة الرجوع أو العدول هذه بدأت تلاقي الشك والحذر من جانب بعض الشراح كونها ، عندهم ، تهدد بشكل مباشر مبدأ القوة الملزمة للعقد فإن ذلك لم يثن المشرع الفرنسي من الاستمرار فيها فأصدر قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ الشهير ، في شأن القرض الاستهلاكي (Crédit à consummation أو القرض بغرض الاستهلاك) ، ومنح المقترض سلطة تقدير أن يسحب العرض بالاقتراض السابق له تقديمه وذلك خلال مهلة ٧ أيام ، دون أن يكون عليه تبرير هذا الإجراء ودون أن يكون ملتزماً بدفع أي تعويض .

٥١- أما التطبيق التشريعي لهذه الرخصة في خصوص أقرب العمليات إلى التجارة الإلكترونية فقد أتى به قانون ٦ يناير ١٩٨٨ (رقم ٢١-٨٨) في شأن عمليات التبايع عن بُعد والتبايع عبر شاشة التليفزيون Vente à distance et le télé-achat وقد نصت المادة الأولى منه على أن : « في جميع عمليات التبايع عن بعد ، يتمتع المشترى بمهلة سبعة أيام كاملة تحسب من يوم تسلمه طلبيته ، ليعيد المنتج للبائع ، إما لتبديله بآخر أو لإرجاعه (واسترداد الثمن) دون ما جزاء عليه سوى مصاريف (أو تكلفة) الإعادة »[1] .

٥٢- وينظر البعض لهذه الرخصة على أنها تشكل إهداراً للقوة الملزمة للعقد [2]، فيما لا يرى فيها البعض الآخر ذلك ويرى أن « الأدق »

---

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن : راجع : خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، الصفحات من ٢٦٦ إلى ٢٨٥ .

(٢) أشار لذلك : =

القول بأن « التوقيع (يقصد توقيع المستهلك) لا يكفى لإبرام العقد لأنه معطى من مستهلك لا يزال رضاؤه جنينا (أى لم يكتمل التكوين بعد) ، ولن يعتبر العقد قد أبرم إلا بانقضاء مهلة التفكير لأنه إذ ذاك يكون رضاء المستهلك قد أصبح ، أو على الأقل يُفترض فيه أنه قد أصبح ، متنوراً ، وبالتالى فإن رخصة الرجوع لا تشكل خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد كونها عندما تستعمل لا يكون العقد ، بعدُ ، قد أُبرم » [1] . لكنه يؤكد فى ذات الوقت أن مهلة التفكير ومن ثم الحق فى الرجوع لا يتمتع بهما المستهلك إلا فى الحالات المحددة على سبيل الحصر فى القانون ، بل ولا يفضل جعل هذه الرخصة مبدأ عاماً يقرره القانون لكل العقود فيما بين المهنيين والمستهلكين ، لأنها عندئذ ستكون عبئاً على إبرام العقود من دون فائدة . والأولى ، عنده ، قصر منحها على « الحالات التى يكون فيها اختيار المستهلك الحر عُرضة ، بشكل خاص ، للخطر » [2] .

٥٣- واستمساكاً بالتقاليد على ما يبدو لم يتجاسر المشرع المصرى على أن يتخذ نفس الخطوة التى اتخذها نظيره الفرنسى ، احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للعقد . ولعله آخذها فى المستقبل القريب حين يتسع نطاق السوق الالكترونية فى مصر وتفرض آليات التجارة الحديثة كلمتها ويُجبر منطق التطور على تطويع القوالب التقليدية العجوز .

= CALAIS – AULOY (Jean) : L'influence du droit de la consummation sur le droit des contrats Rev . trim . Dr . civ 1994 p . 224 .

ومن نفس الرأى : خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص٢٧٩ .

(١) كاليه – أولوى ص/٢٤٤ . وراجع فى عموم هذا الخلاف : بيزان البنود من ١٨-٢٠ والمراجع المشار إليها فى الهوامش المتعلقة بهذه البنود .

(٢) كاليه – أولوى ص/٢٤٤ .

فقط يدعو للدهشة أنه كانت أمامه ، على العكس من المشرع الفرنسي، الفرصة سانحة لأن يكون هو الرائد في تقرير هذه الوسيلة وبين يديه منبع أصيل كان بإمكانه أن ينهل منه [1] . وهو نظرية الخيار بوجه عام في الفقه الإسلامي [2] . ومن الخيارات خيار الرؤية ، المقرر في الفقه الحنفي (استناداً إلى الحديث الشريف : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » وأحكامه [3] قريبة الشبه كثيراً من رخص الرجوع التي قررها المشرع الفرنسي في شأن بعض العقود ، وتتوافق بشدة مع فرض التبايع الإلكتروني .

بل وكانت أمامه نظرية متكاملة أرستها الشريعة الغراء وهي نظرية العقد غير اللازم ، أي العقد الذي يقبل ، بالاتفاق أو بطبيعته نفسها أو بحكم شرعي ، الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون توقف على

---

(١) ولعل المشرع الفرنسي نهل منه .

(٢) بحسبان المقصود به (أي بالخيار) ، في هذا الفقه ، أن يكون لأحد المتعاقدين أو لكليهما حقّ إمضاء العقد أو فسخه ، وأنه شُرع ليكون وسيلة إلى كمال الرضاء والتأكد من سلامته وابتنائه على أساس صحيح ، بما يظهر منه اختلاف مفهوم الفسخ في الفقه الإسلامي عن مفهومه في القوانين الوضعية كانحلال جزائي للعقد لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته .

انظر : محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ١٩٥٢ ص/٤٩٦ وما بعدها .

(٣) راجع في أحكام خيار الرؤية في الفقه الحنفي ، السنهوري ، الوسيط ، ج/٤ (العقود التي ترد على الملكية ، المجلد/١ (البيع والمقايضة) طبعة /١٩٨٦ ص/١٥٤ وما بعدها ، بند ٦٣ ، وفي فقه المذاهب الأخرى ، نفس المرجع ص١٥٧ وما بعدها بند ٦٤ .

رضاء المتعاقد الآخر [1] .

إنما يمكن القول – مع ذلك – بأن المشرع المصرى اتخذ مؤخراً ، وبحذر ، خطوة فى اتجاه تقرير رخصة الرجوع وإن لم تكن كذلك تماماً .

فهو – فى قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ – لم يقر أحقية المستهلك فى الرجوع فى العقد كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، وإنما اكتفى بتقرير أحقيته فى مجرد إرجاع المنتجات أو استبدالها وذلك خلال مدة محددة ، فى حالات معينة ومحددة على سبيل الحصر [2] . « والتى هى فى حقيقتها تطبيق للقواعد العامة فى القانون المدنى من أن البائع ملتزم بضمان العيوب الخفية » [3] . وهذه الحالات هى :

١– حالة وجود عيب فى السلعة .

٢– وحالة ما إذا كانت السلعة غير مطابقة للمواصفات .

٣– وحالة ما إذا كانت السلعة غير مطابقة للغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله .

وأجاز المشرع للمستهلك أن يمارس الحق فى إرجاع السلعة ، بإحدى طريقتين : إما أن يطلب أن يستبدل بالسلعة سلعة أخرى . أو أن يعيدها مع

(١) إبراهيم الدسوقى أبو الليل ، العقد غير اللازم (دراسة معمقة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية) مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٤ .

(٢) ومن ثم ، فمع هذا القانون الوضع فى مصر مختلف عن الوضع فى فرنسا ، حيث لا يوجد هناك أى شرط أو قيد لإرجاع المنتج والعدول عن العقد « إذ يحق للمستهلك إرجاع المنتج بدون إبداء أى أسباب طالما كان ذلك خلال الفترة المحددة قانوناً » . خالد ممدوح إبراهيم ص/٢٧٥ .

(٣) خالد ممدوح إبراهيم ، ص/٢٧٥ .

استرداد قيمتها دون أية تكلفة إضافية [١] .

فنصت المادة /٨ من هذا القانون على أنه :

« مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك ، وفيما لم يحدده الجهاز (جهاز حماية المستهلك) [٢] من مدد أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة ، للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق فى استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها ، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله ، ويلتزم المورد فى هذه الأحوال – بناءً على طلب المستهلك – بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية .

وفى جميع الأحوال تكون مسئولية الموردين فى هذا الخصوص مسئولية تضامنية .

وفى حالة وجود خلاف حول وجود عيب بالسلعة أو مطابقتها للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله يحال الأمر إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً فى شأنه .

وبالنسبة لعقود تقديم الخدمات نصت المادة/٩ من ذات القانون على أن:

« يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها او مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك ، وذلك فى حالة وجود عيب أو نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة وشروط التعاقد عليها والعرف التجارى ، ويحال أى خلاف

(١) فلا يجوز – مثلاً – للبائع أن يخصم من المستهلك « مصاريف الشحن والنقل أو ما يكون سدده من أقساط تأمين على السلعة » . خالد إبراهيم ص/٢٧٦ .

(٢) المنشأ بموجب قانون حماية المستهلك المشار إليه .

حول الإخلال بالخدمة إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً فى شأنه » .

ولإحكام حماية المستهلك ، نصت المادة /١٠ على أن « يقع باطلاً كل شرط يرد فى عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك ، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أى من التزاماته الواردة بهذا القانون » .

٥٤- وعقود الاستهلاك المتضمنة رخصة الرجوع لا تعتبر – فى الرأى الذى ينظر لهذه الرخصة بحسبانها نقضاً لعقد تم إبرامه بالفعل – مجرد وعود بالتعاقد تنقلب إلى تعاقدت نهائية بانتهاء مهلة الرجوع وعدم استعمال هذه الرخصة . وأسباب ذلك عندهم كثيرة وإن كان المقام لا يتسع لعرضها [١] .

كما لا تعتبر هذه العقود من قبيل ما يسمى فى القانون الكويتى بالعقد الابتدائى المنظم بالمادة ٧٠ من التقنين المدنى ، وهو ما يظهر بسهولة من استعراض نص هذه المادة الذى يجرى على النحو التالى : « ١- إذا كان من مقتضى العقد أن يُبرم مرة ثانية ، أو فى صورة أخرى ، وجب على كل من طرفيه إبرامه فى وضعه النهائى ، وذلك فى الميعاد الذى يحدده العقد الابتدائى ، وإلا ففى مدة معقولة . ٢- ويُبرم العقد النهائى بنفس شروط العقد الابتدائى مالم يتفق على إجراء تعديل فيها ، أو كان هذا التعديل مما يستوجبه طبيعة المعاملة أو ظروف الحال » .

وليس دقيقاً أيضاً تقريب هذا العقد من فكرة البيع بشرط التجربة كما حاول البعض [٢] والقول ، من ثم ، بأن المهلة القانونية المحددة للرجوع هى

---

(١) انظر فى ذلك / محمد السعيد رشدى ، السابق ص/١١٥ ، ١١٦ .

(٢) أشار لذلك ، محمد السعيد رشدى ص/١٢٤ .

مدة تجربة يكون فيها العقد معلقاً على شرط واقف هو نجاح التجربة وقبول المستهلك للمبيع وإلا فإن فشلت التجربة ورفض المستهلك المبيع اعتبر البيع وكأنه لم ينعقد منذ البداية . ليس دقيقاً هذا التقريب لأسباب عديدة لا يتسع المقام لعرضها أيضاً (١) .

٥٥- ولكون رخصة الرجوع فى معظم تطبيقاتها التشريعية سابقة الإشارة ، هى رخصة مكفولة للمستهلك ، وله وحده ، وبدون مقابل يدفع مقدماً أو حتى خصماً من الثمن المدفوع ، ولكونها مقررة للمستهلك بنصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، ولكون هذه النصوص فى مجملها تحظر على المهنى تلقى أى أموال تحت أى شكل وبأى مسمى فى مقابل الحق فى الرجوع ، فإن عقود الاستهلاك المتضمنة رخصة الرجوع تكون بعيدة أيضاً عن نظام التعاقد بالعربون المعروف فى القواعد العامة (٢) .

---

(١) راجع ، محمد السعيد رشدى ، الموضع السابق .

(٢) محمد السعيد رشدى ص/١٢٧ وما بعدها .

الفصل الثانى

التنفيذ بمقابل (بطريق التعويض)

المقصود به ، ونوعاً التعويض ، وشروط استحقاقه :

٥٦- التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض ، هو البديل عن التنفيذ العينى للالتزام فى الحالات التى لا يمكن فيها الحكم بهذا النوع الأخير من التنفيذ لأى من الأسباب السابق دراستها والتى يمكن إجمالها فيما يلى :

١- إذا استحال التنفيذ العينى للالتزام بخطأ المدين .

٢- إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ولم يكن فى العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل ضرر جسيم يلحق بالدائن .

٣- إذا كان التنفيذ العينى غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا تم من جانب المدين شخصياً ، واستنفذ الدائن طريق الغرامة التهديدية لإكراهه على التنفيذ دون جدوى .

٤- إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العينى - على إمكانه - ولم يعرضه عليه المدين .

٥٧- ونكرر بأن التنفيذ العينى للالتزام هو الأصل وما التنفيذ بمقابل - كما يدل على ذلك تسميته ، إلا بديلاً عنه (١) . ويكون عادة مبلغاً من النقود يقنع به الدائن عوضاً عن التنفيذ العينى .

---

(١) انظر نقض ١٩٥٥/٤/١٤ طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ق سابق الإشارة إليه . ونقض ١٩٧٩/٦/٢٠ طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٦ق مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص/٤٣٣ .

٥٨- والتعويض نوعان : تعويض عن عدم التنفيذ ، وهو يحل محل التنفيذ العينى ومن ثم لا يجتمع معه [١][٢] . وتعويض عن التأخر فى التنفيذ يجتمع مع التنفيذ العينى ، ويقصد به تعويض الدائن عن الضرر الذى أصابه نتيجة تأخر المدين فى التنفيذ ، إذ قد يلحق هذا التأخير بالدائن ضرراً نهائياً لا يرفعه التنفيذ العينى الذى يعقبه . بل ويجتمع التعويض عن عدم التنفيذ مع التعويض عن التأخر فى الوفاء بذلك التعويض . وفى هذا المعنى جاء فى حكم لمحكمة النقض أن « طلب التعويض عن إخلال المتعاقد بالتزامه لا يمنع من طلب الفوائد القانونية عن هذا التعويض للتأخر فى الوفاء به ، وذلك لاختلاف أساس كل منهما » [٣] .

٥٩- وشروط استحقاق التعويض هى فى الواقع شروط قيام المسئولية المدنية ، وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وليس هنا محل دراسة هذه العناصر . غير أن هناك شرطاً إضافياً وهو ضرورة وضع المدين موضع المقصر فى تنفيذ التزامه وذلك باعذاره .

---

(١) فى هذا المعنى نقض مصرى ١٩٦٧/١٢/١٤ المجموعة السنة ١٨ رقم ٢٨٥ ص١٨٧٨ .

(٢) وتطبيقاً لذلك ، جاء فى حكم للنقض أنه : « لا يجوز إلزام الحائز سيء النية بالتعويض إلا عن الثمار التى يمتنع عن ردها للمالك . أما ما يرده منها فلا يستحق المالك منه تعويضاً . ذلك بأن التعويض المالى هو عوض عن التنفيذ العينى ولا يجوز الجمع بين الشيء وعوضه .. » نقض ١٩٦٧/١٢/١٤ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) س١٨ ص١٨٢٨ ؛ نقض ١٩٦٥/١١/١١ ، نفس المجموعة س١٦ ص١٠٤٣ ، ومشار إليهما أيضاً فى : معوض عبدالتواب ص٤٣٢ .

(٣) نقض ١٩٧٩/٤/١٦ المجموعة ٣٠-٢٠٧-١١٨ .

تقسيم :

نوزع الدراسة فى هذا الفصل على مبحثين . نعرض فى أولهما لشرط الاعذار . لنخصص الثانى لكيفية تقدير التعويض .

المبحث الأول

الإعذار

La mise en demeure

معنـــاه :

٦٠- الإعذار هو تسجيل التأخير على المدين [١] . أو بعبارة أخـرى هو وضع المدين موضع المقصر [٢] فى تنفيذ التزامه وذلك بتسجيل التأخير عليه[٣] . لأن حلول أجل الالتزام فى ذاته وعدم مسارعة المدين إلى تنفيذه لا يعد كافياً لاعتباره مقصراً من الوجهة القانونية وذلك لمظنة التسامح معه من جانب الدائن . فالتأخير الذى يعتد به المشرع ليس هو التأخير الفعلى ، وإنما التأخير القانوني ، وهو الحالة القانونية التى يوجد فيها المـدين غيـر منفـذ لالتزامه من لحظة إعذاره .

(١) انظر : نقض ١٩٦٥/١١/١٢ ، المجموعة س١٦ ص١٠٢٨ .

(٢) فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٩/١/٢٥ مشار إليه فـى معـوض عبـدالتواب ص/٤٤٤ .

(٣) أو ، كما تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢١٨ هو : « دعوة توجه إلى المدين ، يقصد منها إنذاره بوجوب الوفاء » ، مشار إليهـا فـى معـوض عبـدالتواب ص/٤٤٢ .

كيف يتم الاعذار :

٦١- ويتم اعذار المدين وفقاً للمادة ٢١٩ مدنى إما بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار [١] . والإنذار هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يعلنها الدائن لمدينه ، ويدعوه فيها إلى تنفيذ التزامه ، الأمر الذى تنتفى معه بعد ذلك مظنة التسامح فى التأخير .

أما ما يقوم مقام الإنذار فيقصد به الأوراق الرسمية التى تنطوى على معنى الاعذار . كصحيفة الدعوى [٢] ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة ، والتنبيه بالوفاء السابق على إجراء الحجز [٣] .

وفيما عدا الإنذار وما يقوم مقامه من أوراق رسمية لا تكفى الأوراق الأخرى غير الرسمية حتى ولو كانت خطاباً مسجلاً مصحوباً بعلم الوصول .

٦٢- غير أنه لما كان من الجائز أن يصير الاتفاق بين الدائن والمدين

---

(١) « ولا يلزم فوق ذلك تهديد الدائن ، للمدين ، بالفسخ والتعويض » ، نقض ١٩٦٥/١١/١٢ المجموعة س١٦ ص١٠٢٨ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٤٤ .

(٢) وحيث يتعين أن تنطوى الورقة الرسمية (كصحيفة الدعوى) على معنى الإعذار ، أى على معنى أن يبين فيها الدائن أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، فقد قضى بأنه : « ومن ثم فلا يعد إعذاراً إعلان المشترى بصحيفة دعوى فسخ البيع لإخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام » . نقض ١٩٧٩/١/٢٥ فى الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ق مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص/٤٤٤ .

(٣) وبوتستو عدم الدفع يعتبر إنذاراً ، انظر فى ذلك : نقض ١٩٦٥/١١/١٢ سابق الإشارة إليه .

على إعفاء الأول من واجب الاعذار كلية ، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على تخفيف وسيلة الاعذار . كأن يكتفى مثلاً بورقة عرفية كخطاب مسجل . كما يلاحظ من ناحية أخرى أن اشتراط القانون الورقة الرسمية فى الاعذار إنما ينصرف إلى المسائل المدنية . أمام المسائل التجارية ، فقد كان من المسلم به أنه تكفى فيها الورقة غير الرسمية بل ومجرد الإخطار الشفوى إذا جرى العرف على ذلك . ثم صدر قانون التجارة الجديد (رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) ، فكرّس – إلى حد ما – هذا الاتجاه تشريعياً ، حين نصت المادة ٥٨ منه على أن : « يكون إعذار المدين أو إخطاره فى المواد التجارية بإنذار رسمى أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، ويجوز فى أحوال الاستعجال أن يكون الإعذار أو الإخطار ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة » .

الحالات التى لا ضرورة فيها للإعذار :

غير أن المبرر من الإعذار يقتضى القول بعدم ضرورة هذا الإجراء فى الحالات الآتية :

١- الاستغناء عن الإعذار اتفاقاً :

٦٣- فلما كان الإعذار نظاماً مقرراً لمصلحة المدين ، أو بعبارة أخرى لا يتعلق استلزامه بالنظام العام ؛ جاز للدائن أن يتفق مع مدينه على إعفائه منه ، ليصبح المدين معذراً ، فى هذه الحالة ، بقوة القانون فور حلول أجل الالتزام . وفى هذا المعنى تقضى المادة ٢١٩ مدنى بأن الاعذار « يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل

دون حاجة إلى أى إجراء آخر »[1]. ومثل هذا الاتفاق يمكن أيضاً أن يكون ضمنياً يستخلصه القاضي من ظروف التعاقد[2] . على أنه يجب أن تكون دلالة الظروف واضحة فى معنى اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الإعفاء من هذا الإجراء ، أو بعبارة أخرى واضحة فى معنى تنازل المدين عن حقه فيه[3] . ومن ثم فإن هذا الإعفاء الضمنى لا يجوز أن يستخلص مثلاً من مجرد تضمين العقد شرطاً جزائياً[4]، أو شرطاً بوجوب الوفاء بالدين فى موطن الدائن[5] . لكننا نعتقد – وخلافاً لما يراه

---

(١) ويلاحظ أن هذا النص ، بهذا الحكم ، يكون « قد تضمن وسائل أوسع نطاقاً من » نص المادة ٥٨ من قانون التجارة سابق الإشارة إليه مادام أنه « يسمح بالاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول أجل الدين » . بيد أن عدم ورود هذا الحكم فى النص التجارى « لا يمنع من العمل به » فى المسائل التجارية » لأن أحكام القانون المدنى تكمل القانون التجارى فى هذا الصدد ولا تتعارض معها . وإذا كان النص المدنى ييسر على الدائن بهذا الحكم فإن القانون التجارى أولى بهذا التيسير » ، محيى الدين إسماعيل علم الدين ، شرح قانون التجارة الجديد (طبعة ١٩٩٩) ص ٢٠٠ .

(٢) ومثاله ، من تطبيقات القضاء الفرنسي ، الشرط الذى يرد فى عقود التوريد بوجوب تمام التسليم فوراً (livrable de suite) انظر : نقض (عرائض) ١٩٣٣/٣/٧ (د . أ ١٩٣٣-٢١٨) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٣/٦/٢١ (د . أ ١٩٣٣-٤١٢) . وانظر فى تأكيد معنى إمكان أن يستخلص الإعفاء من الإعذار ضمنا : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٩٩ ؛ وعكس ذلك وأن الإعفاء لابد أن يكون صريحاً جوسران بند ٦١٩ ص ٣٤٠ .

(٣) فى هذا المعنى : د . جميل الشرقاوى بند ١٨ .

(٤) فى هذا المعنى : د . الصده بند ١٢ ؛ د . عبدالمنعم البدراوى : النظرية العامة للالتزامات بند ٢٩ .

(٥) فى هذا المعنى : د . البدراوى بند ٢٩ ؛ وعكس ذلك :
CARBONNIER : Dirot Civil T . 4 (Les obligations) 1969 No . 76 p . 252 .

البعض [1]- أن الاتفاق ، فى العقد ، على أنه إذا لم يسدد المدين أحد الأقساط تحل باقى الأقساط المؤجلة ، يمكن أن يستخلص منه معنى الاتفاق الضمنى على الإعفاء من الاعذار فى خصوص الأقساط التى تحل على أثر عدم السداد ، وإلا فإن هذا الحلول المشترط لن يكون له من معنى ، والقاعدة فى التفسير أن أعمال الكلام خير من إهماله . هذا إلى أن جوهر الإعذار هو التنبيه على المدين برغبة الدائن فى الوفاء وبعدم تسامحه معه فى التأخير ، ولن يكون هناك من معنًى لأن يعيد الدائن تأكيد هذه الرغبة بعد أن أفصح عنها مسبقاً فى العقد نفسه . بل لعلنا لا نكون مبالغين إذا قلنا أن الأمر هنا يكاد يقترب من أن يكون اتفاقاً صريحاً على الإعفاء من الإعذار وإن كان اتفاقاً معلقاً على شرط .

٢- لا مبرر للإعذار إذا كان تنفيذ الالتزام قد أصبح غير ممكن أو غير مُجدٍ بفعل المدين [2]:

٦٤- فلما كان قوام الإعذار والغاية منه هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه ونفى مظنّة تسامح الدائن معه فى التأخير ، فإنه يفترض - بداهة - أن يكون هذا التنفيذ ، المطلوب ، ممكناً . فإذا كان قد أصبح - على العكس - مستحيلاً فإما : أن تكون هذه الاستحالة بفعل المدين ، وعندئذ يُعَدّ هذا مسئولاً عن نتائج عدم التنفيذ دون مبرر للإعذار ، بل ودون - فيما نرى - أن يستأهل ضمانة الإعذار [3]، أو أن تكون تلك الاستحالة راجعة إلى سبب

---

(١) د . البدراوى ، الموضع سابق الإشارة .

(٢) انظر نقض ١٩٧٢/٦/١ المجموعة ٢٣-١٦٦-١٠٦٢ والأحكام المشار إليها لاحقاً فى هوامش البند الحالى (٤١) .

(٣) انظر من تطبيقات أحكام القضاء : نقض ١٩٦٦/٤/٩ المجموعة س١٧ ص٣٩٨ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٤٥ ، وقد جاء فيه : =

أجنبى ، وهو ما يستتبع انقضاء التزام المدين كلية وسقوط المسئولية عنـــه ، فتنتفى بذلك علة الإعذار [1] .

كذلك ، ولذات التبرير ، لا تكون من ضرورة للإعذار إذا كان تنفيـذ الالتزام – ولو أنه مازال ممكناً – إلا أنه قد أصبح غير مُجدٍ (للدائن) بفعل المدين [2]، كما لو كان التنفيذ يتعين أن يتم فى فترة محددة ، وإلا فقد جدواه بالنسبة للدائن ، وترك المدين هذه الفترة تمرّ دون تنفيذ .

= « لا ضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجـد بفعـل المدين . وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التى وقـع فيهـا المقاول مما لا يمكن تداركه ، فإن مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاولة أصبح غير ممكن تنفيذه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ السيء ، لا يكون قد خالف القانون » .

(1) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى) ص٥٦٠ .

(2) انظر : نقض ١٩٧٢/٦/١ المجموعة س٢٣ ص١٠٦٢ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٤٦ وقد جاء فيه : « متى كان الحكم قد انتهى إلى إخلال الطاعن – رب العمل فى عقد المقاولة – بالتزامه ، من جراء تأخره فى الحصول على رخصـة البناء فى الوقت المناسب ، فإن إعذاره لا يكون واجباً على الدائن (المقاول) بعد فـوات هذا الوقت ، إذ لا ضرورة للإعذار بنص المادة ٢٠٠ من القانون المدنى إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مُجد بفعل المدين . وإذ كان الحكم قد قضى بالتعويض المستحق للمطعـون عليه (المقاول) دون أن يرد على ما تمسك به الطاعن فى دفاعه من ضرورة إعذاره فى هذه الحالة ، فإنه لا يكون مشوباً بالقصور » . وانظر أيضاً : نقض ١٩٨٤/٣/٢٠ طعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٤٩ق مشار إليه فى معوض عبـدالتواب ص٤٤٦ وقـد جـاء فيـه : « ... لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أورد بمدوناته أن مسـئولية المصـرف الطاعن قد تحققت ووقع الضرر بعدم صرف الشيك عند تقديمه للبنك الأخير ومن ثم فلا جدوى فى الإعذار ، فإن الحكم لا يكون بذلك قد خالف القانون ويكون النعى عليه بهـذا السبب على غير أساس » .

ومن هذه الحالة الأخيرة أيضاً « أن يكون محل الالتزام امتناعاً عن عمل ، فمجرد الإخلال بالتعهد يجعل الإعذار عديم الجدوى [1] . وفى القانون المدنى الفرنسى تنص المادة ١١٤٥ صراحة على أنه : « إذا كان الالتزام بامتناع عن عمل ، فإن المُخِلّ يجب عليه التعويض بمجرد وقوع المخالفة »[2] .

كذلك فإن المادة ١١٤٦ من نفس القانون ، تستثنى من أصل عدم استحقاق التعويض إلا بعد إعذار المدين – فرض ما إذا كان المدين ملتزماً بإعطاء شيء لا يمكن أن يُعطى ، أو بالقيام بعمل لا يمكن أن يُعمل ، إلا فى وقت معين ، إذا ترك المدين هذا الوقت يمضى [3] .

ويرى بعض الشراح الفرنسيين أن الإعذار يكون غير متصورّ كذلك فى مجال الالتزام المستمرة [4] .

٣– إظهار النية – صراحة – فى عدم التنفيذ :

٦٥– كذلك يفقد الإعذار مبرره إذا صرح المدين بأنه لا يريد القيام

---

(١) مجموعة العمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٠ مشار إليهما فى معوض عبدالتواب ص٤٤٥ .

(٢) راجع من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : نقض ١٩٦٩/٥/٢٢ (جـ .ك .ب ١٩٦٩–٢–١٦١٤١) ، نقض (تجارى) ١٩٧٠/١١/١٠ (جـ .ك .ب ١٩٧٠–٤–٣١٤) ، نقض ١٩٨٦/١٠/٢٥ (جـ .ك .ب ١٩٦٩–٢–١٦٠٦٢ وتعليق بريور) . وراجع – فى تأييد بعض الشراح لهذا الاستثناء ، حيث لا تكون هناك من فائدة من الإعذار فى هذه الحالة ، ستارك بند ٢٠٤٠ ، وانظر فى نفس التبرير ، الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٠ مدنى مصرى سابق الإشارة إليها .

(٣) والفقه هناك يؤيد هذا الاستثناء أيضاً ، انظر مثلاً ستارك بند ٢٠٤٠..

(٤) انظر من هذا الرأى : مارتى ورينو بند ٦٥٧ .

بتنفيذ التزامه (م٢٢٠) [(١)(٢)] . فلا جدوى فى هذه الحالة من دعوته للتنفيذ . ولا يمكن أيضاً – وقد سلك سبيل الرفض البات – أن يحمل سكوت الدائن على محمل التسامح معه .

وقد اشترط القانون أن يكون هذا التصريح كتابة . ويؤيد ذلك بعض الشراح [(٣)] تأسيساً على أن الكتابة هى التي تؤكد جدية المدين فيما صدر عنه من تصريح [(٤)]؛ لأن التصريح الشفهى « قد يكون تسرعاً من المدين لم يتدبره، أو تهديداً للدائن لم يقصده » [(٥)] . فيما يرى البعض الآخر أن الكتابة هنا مستلزمة لمجرد الإثبات [(٦)]، بما يعنى أنه يمكن أن يحلّ محلها فيه ، إقرار المدين بتصريحه هذا أو نكوله عن حلف اليمين بصدور هذا التصريح

---

(١) ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصاً مماثلاً ، إلا أن الفقه الفرنسى يرى عدم ضرورة الإعذار إذا صرح المدين بشكل قاطع أنه ليست لديه نية تنفيذ التزامه . انظر ستارك بند ٢٠٤ .

(٢) وقد جاء فى حكم للنقض تطبيقاً لذلك : « متى كان الطاعن قد أعلن المطعون ضده باعتباره العقد مفسوخاً من جهته ، وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا الإعلان أن المطعون ضده لم يكن بحاجة إلى إعذار الطاعن قبل المطالبة بالتعويض باعتبار أن الطاعن قد صرح بهذا الإعلان أنه لا يريد القيام بالتزامه ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون » . نقض ١٩٦٧/٢/١٤ المجموعة س١٨ ص٣٣٩ .

(٣) انظر : د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٤٧ ؛ د . الصده بند ١٢ ؛ د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٦٩ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٢٣ ؛ د . إسماعيل غانم بند ٤٤ .

(٤) ويضيف البعض أنه إذا ما فرض وبقى شك مع صراحة النص فى لزوم التصريح الكتابى ، فإن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المدين . انظر د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٤٧ .

(٥) د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٦٩ .

(٦) انظر : د . السنهورى بند ٤٦٦ ؛ د . سيلمان مرقس ١٩٦١ بند ٥٩٤ ؛ د . عبدالمنعم البدراوى بند ٣٢ .

منه . وإن كان أنصار الاتجاه الأخير يشترطون فى نفس الوقت ، أن يتضمن الإقرار معنى أن المدين كان جاداً فيما صدر عنه من تصريح ، وأن تكون صيغة اليمين التى توجه إليه – حتى يعتبر نكوله عن حلفها دليلاً على صدور التصريح منه – واضحة فى معنى هذه الجدية أيضاً [1] .

٤ – لا حاجة للإعذار فى الالتزامات غير التعاقدية :

٦٦– لا يتصور الإعذار فى هذا النوع من الالتزامات مادام قوامه دعوة المدين إلى التنفيذ ، الأمر الذى لا يتصور إلا فى الالتزامات التعاقدية . أما الالتزامات غير التعاقدية ، فإنها تنشأ ويسأل عنها المدين بمجرد نشوئها . وبناء على ذلك صرحت المادة ٢٢٠ بعدم ضرورة الإعذار « إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع ، أو رد شىء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك » . ولما كان المدين فى الحالتين ، ما بين مرتكب لفعل غير مشروع ، أو مثر على حساب الغير بسوء نية . كان من غير المفهوم أو المبرر أن يحاط بضمانة الإعذار .

النتائج التى تترتب على الإعذار :

٦٧– يترتب على الإعذار نتيجتان هامتان :

١ – استحقاق الدائن تعويضاً عن الأضرار التى تلحقه من تأخر المدين فى التنفيذ بعد إعذاره . وذلك فيما عدا حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث لا يستحق التعويض عن التأخير ، ويسمى الفوائد ، إلا منذ المطالبة القضائية بها .

٢ – نقل تبعة الهلاك إلى عاتق المدين ولو كانت قبل الإعذار على

(١) انظر د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٥٠ .

عاتق الدائن . وأساس ذلك أن المدين – بعد إعذاره – يعتبر مقصراً الأمر الذى يستوجب إلقاء تبعة الهلاك عليه [1] .

ففى الوديعة – على سبيل المثال – إذا هلك الشيء المودع ، بفعل قوة قاهرة تحت يد المودع لديه ، فإنه يهلك على الدائن بالتسليم وهو المودع . فإذا كان قد سبق وأعذر المدين بالتسليم (وهو المودع لديه) مطالباً إياه بتسليم الشيء الذى هلك بعد ذلك تحت يده ، انتقلت تبعة الهلاك إلى عاتق هذا المدين . اللهم إلا إذا استطاع أن يثبت أن الشيء كان هالكاً لا محالة تحت يد الدائن لو أنه سلمه إليه . ومع ذلك تظل تبعة الهلاك على عاتق المدين حتى فى هذه الحالة الأخيرة إذا كان قد اتفق مع الدائن على تحمل تبعة الحوادث المفاجئة (م٢٠٧) . وفى كل الأحوال ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، تبعة الهلاك تقع على السارق (مادة ٣/٢٠٧) . « ذلك أن خطأه الأولى ، فى ارتكاب جريمة السرقة ، لا يسقط عنه ولو بإقامة الدليل على أن الهلاك يرجع فى الحقيقة إلى حادث فجائى » [2] .

---

(١) وفى ذلك ، تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٧ : « ذلك أن الإعذار يلزم المدين دليل التخلف ، ويثبت عليه خطأً يرتب مسئوليته ، متى كان هلاك الشيء من جراء الحادث الفجائى راجعاً إلى هذا التخلف . والواقع أن المدين ، فى مثل هذه الحالة ، يكون متسبباً فى الهلاك بفعله . أما إذا أثبت المدين أن الشيء كان يهلك فى يد الدائن أيضاً ، ولو أنه سلم إليه ، فهو بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث فجائى ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضى التزامه » . مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص/٤٢٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ/٢ ص٥٢٢ تعليقاً على المادة/٢٠٧ .

الإعذار والتعويض عن عدم التنفيذ :

٦٨- يثور التساؤل عن مدى ضرورة الإعذار للتعويض عن عدم التنفيذ . فيذهب رأى إلى ضرورته حتى فى هذه الحالة [١]، وذلك على أساس من صراحة وعمومية نص المادة ٢١٨ حين قضت بأنه « لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين » . والتعويل على عمومية النص يصلح - فيما نعتقد - سندا لمثل هذا الرأى ، لأن مدلول هذه العمومية أن المشرع يقصر حق الدائن فى التعويض على الأضرار التى تلى الإعذار دون ما عداها . غير أن العلة من الإعذار - وهى نفى مظنة التسامح من الدائن فى تأخر المدين فقط عن تنفيذ التزامه ، لا يمكن أن تستجيب والامتناع النهائى عن التنفيذ الأمر الذى يحيق بالدائن ضرراً نهائياً لا يتصور تسامحه فيه . ولذلك فنحن نفضل رأياً آخر ، لا يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ سبق إعذار المدين[٢][٣]، فى معنى أن الدائن سوف يستحق تعويضاً شاملاً

(١) من هذا الرأى د . أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ١٩٤٥ بند ٥٧٣ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٤٥ ، د . الصده بند ١٣ . د . البدراوى بند ٢٧ ، د . جمال زكى بند ٣٦٦ ، ٣٧٠ ، د . جميل الشرقاوى بند ١٨ ؛ د . سمير تناغو بند ٣٠٠ ، وفى الفقه الفرنسى جوسران بند ٦٢١ ؛

DAVID (F .) : De la mise en demeure R . Crit . 1939 spec . No . 9-12; ALLIX (D) : Reflexions sur la mise en demeure j .c .p . 1977-1-doct-2844 No 32 .

(٢) من هذا الرأى : د . أنور سلطان بند ٣٥ ؛ وبند ٦٥ ؛ د . إسماعيل غانم بند ٤٥ ؛ ومن الفقه الفرنسى : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٩٩ مكرر ؛ ديبوا وجوديميه ص ٣٨٤ ؛ مارتى ورينو بند ٦٥٥ (وقارن مع ذلك بند ٦٥٥ مكرر) ؛

WEILL (A) : Dommage – intérêts compensationres et mise en demeure R . Crit . 1939 p . 203 et s; HUBERT note S 1926-1-17 .

(٣) ويفرق كاربونييه (بند ٧٦ ص٢٥٣ ، ٢٥٤) بين ما إذا كان المدين غير مخطئ فى عدم تنفيذه لالتزامه ، لأنه كان يجهل وجود التزام عليه واجب =

عن كافة الأضرار الناتجة من عدم التنفيذ ولو لم يكن قد سبق له أن أعذر مدينه .

ولا يسوغ لهذا الأخير أن يزعم بأنه لو كان قد أعذر من قبل الدائن برغبته فى التنفيذ لكان قد نفذ ، فالواقع العملى أنه لم ينفذ حتى بالرغم من رفع الدعوى عليه .

المبحث الثانى

كيفية تقدير التعويض

حصر ، وتقسيم :.

٦٩- يتولى القاضى عادة تقدير التعويض ، الذى يسمى عندئذ بالتعويض القضائى ، إلا إذا اتفق الطرفان مقدماً على تقديره ، حين يسمى

= التنفيذ (كالمؤجر الذى لا يقوم بإجراء الترميمات الضرورية للعين المؤجرة لأن المستأجر لم يخطره بما ظهر بها من عيوب) ، وبين الفرض العكسى حيث لا يكون للإعذار فيه من فائدة .

كذلك فرق الدكتور السنهورى بين فرض ما إذا كان التنفيذ العينى - عندما يطالب الدائن مدينه بالتعويض عن عدم التنفيذ - لا يزال ممكنا أو أنه أصبح غير ممكن . واستلزم الإعذار لاستحقاق التعويض فى الفرض الأول فقط (بند ٤٦٨) . وفى الحقيقة فإن الفرض الأول يخرج من إطار المناقشة أصلاً ، لأن المشكلة هنا تفترض أن المدين لم يبد استعداده لتنفيذ التزامه بعد رفع الدائن دعوى المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، وفى هذه الحالة فإن التنفيذ العينى يصبح فى حكم غير الممكن . وبتعبير أوضح نقول : أن الدائن إذا رفع دعوى المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ دون سابق إعذار للمدين ، فأحد أمرين : إما أن يعرض المدين فى الجلسة تنفيذ التزامه ، فلا يستحق الدائن عندئذ ثمة تعويض ولا عن تأخر المدين الفعلى فى تنفيذه لالتزامه حيث لا يحسب عليه هذا تأخيراً قانونياً ، كما قلنا ، إلا منذ الإعذار ، ولا إعذار ؛ أو لا يعرض هذا التنفيذ ، وعندئذ لا يسوغ له الزعم بأنه لو كان قد أعذر لكان قد أوفى بالتزامه ، فالواقع المؤكد أنه لم يف .

فى هذه الحالة بالتعويض الاتفاقى (أو الشرط الجزائى) . وقد يقدره القانون مباشرة ليكون تعويضاً قانونياً وهو ما يسمى بالفوائد . ونخصص لكل من هذه الطرق الثلاثة مطلباً مستقلاً .

المطلب الأول

التعويض القضائى

نوعـــاه :

٧٠- إذا توافرت شرائط استحقاق التعويض - بتوافر أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية - فإن القاضى ، من حيث الأصل ، هو الذى يتولى تقدير هذا التعويض .

وقد رسمت طريقة هذا التقدير ، المادة ١٧١ مدنى ، حين قضت بأن :

« ١- يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف .

٢- ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » . ويقال - تبعاً لذلك ، واستخلاصاً من الفقرة الثانية من هذا النص بصفة خاصة - أن التعويض القضائى نوعان . فهو إما تعويض نقدى أو تعويض عينى [1] .

---

(١) والأخير (التعويض العينى) حددت محكمة النقض وجهه فى « إزالة المخالفة التى وقعت إخلالاً بالالتزام » ، انظر نقض ١٩٧٧/٥/١٠ مجموعة المكتب الفنى س٢٨ ص١١٥٨ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٢٠ .

(أ) التعويض النقدى :

٧١- وهو مبلغ من النقود ، يتولى القاضى تقديره للمضرور ، بشرط أن يكون جابراً للضرر كله .

وهذا النوع من التعويض يعتبر الأصل فى إطار المسئولية التقصيرية[١]، مادام أن النص السابق قد علق النوع الثانى من التعويض (وهو التعويض العينى) على شرط طلبه من جانب المضرور . حين يجوز للقاضى - فى هذه الحالة الأخيرة أن يقبل هذا الطلب إذا وجد التعويض العينى هو الأنسب ، أو يرفضه ويحكم بالتعويض النقدى . بينما أنه إذا بدأ المضرور بطلب التعويض النقدى ، فلا يجوز للقاضى أن يستبدل به التعويض العينى ولو طلب المدين ذلك .

أما فى إطار المسئولية العقدية فإن إعمال المادة ٢٠٣ يجعل من التنفيذ العينى هو الأصل متى كان ممكناً ، بحيث لا ينزع القاضى إلى التنفيذ بمقابل (أى بطريق التعويض) إلا إذا استحال التنفيذ العينى بخطأ المدين أو كان فى هذا التنفيذ إرهاق له ولم يكن فى العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل ضرر جسيم يلحق بالدائن (على ما سبق بيانه عند دراستنا للتنفيذ العينى) وفى

---

(١) راجع فى معنى أن الأصل فى التعويض هو التعويض النقدى د . عبدالودود يحيى بند ٢٥ ؛ د . مصطفى الجمال بند ٢٦٨ ؛ بل انظر فى قول البعض أن التعويض يحدد « دائماً » بالنقود د . الصده بند ٢٥ ؛ وانظر عكس ذلك ، وأن للمضرور الحق فى التعويض العينى « كلما كان ذلك ممكناً » د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٠ ، ويشير فى هامش/١ إلى حكم نقض مصرى فى ١٩٤٨/١٢/١٦ الذى قضى بأن « التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل . ولا يُصار إلى عوضه ، أى إلى التعويض النقدى إلا إذا استحال التعويض عيناً » .

هذه الحالة يمكن أن يقضى على المدين بتعويض نقدى [1] .

٧٢- وإذا تعين الحكم بالتعويض النقدى ، فقد يقدره القاضى بمبلغ محدد : إما واجب الدفع فوراً – وهذا هو الغالب – أو على أقساط . وقد يكون هذا التعويض فى صورة إيراد مرتب . « ويجوز فى هاتين الحالتين – الأخيرتين – إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » لضمان حق المضرور . م١٧١ مدنى .

(ب) التعويض العينى :

٧٣- غير أن المضرور – فى المسئولية التقصيرية – قد يرى الترضية الكافية لما أصابه من ضرر ، فى وسيلة غير نقدية ، فيجوز للقاضى أن يجيبه إليها . كما إذا اعتدى عليه بالسب أو القذف ، فطلب إلزام المعتدى بنشر الاعتذار عما بدر منه ، أو تكذيبه ، فى الصحف .

وقد قلنا « يجوز للقاضى أن يجيبه إليها » أى إلى الترضية غير النقدية (أو العينية) ، لما سبق أن ذكرناه من أن الأصل فى التعويض فى مجال المسئولية التقصيرية وفقاً لصريح المادة ٢/١٧١ سابق الإشارة بأن يكون « بالنقد » . ومن ثم فنحن – فى هذا الموضع – لا نؤيد ما ذهبت إليه

(١) انظر نقض ١٩٥٢/٦/١٢ فى الطعن رقم ١٠٢ لسنة ١٩ق ، مشار إليه فى معوض عبدالتواب ، ص/٤١٨ ، ٤١٩ ، وقد جاء فيه :

(متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر « أن من حق المستأنفة استرداد منقولاتها ، فلها أن تستردها أو أن تطالب بقيمتها إذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، مع أنه كان ينبغى أن تطلب الحكم لها بتسليمها إليها عينا فإذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها ، وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عيناً إذا شاءت » ، فإن هذا الذى قرره الحكم لا عيب فيه) .

محكمة النقض المصرية فى حكم قديم لهـا [1] (وأيـدها فيـه قلـة مـن الشراح) [2]، من أن: « التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصـل ولا يسار إلى عوضه ، أى التعويض النقدى ، إلا إذا استحال التعويض عينـاً . وهو ما انتهت منه إلى القول بأنه إذا « رفـع المضـرور دعـواه مطالبـاً بتعويض نقدى وعرض المدعى عليه التعويض عينا – كردّ الشيء المغتصب – وجب قبول ما عرضه » . بل وأمعنت فى هذا التأكيد عندما اسـتطردت قائلة : «بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هـى أعملـت موجـب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصرّ على ما يطلبه من تعـويض نقدى » [3] .

ونحن إذ لا نؤيد حكم النقض هذا فليس ذلك اعتراضاً منا علـى مـا انتهى إليه من نتيجة (وهى الحكم برد الشيء المغتصب وليس بقيمتـه) ، وإنما فقط على تأصيله لتلك النتيجة وقوله (فى هذا التأصيل) أن المبـدأ ، فى التعويض عن الفعل الضار ، أن يكون ذلك التعويض عينياً . إذ نعتقد أن الحكم برد الشيء المغتصب (طالما كان هذا الردّ لا يزال ممكنا) هو حكـم

---

(1) نقض ١٩٤٨/١٢/١٦ طعن رقم ٧٤ لسنة ١٧ق مشار إليـه فـى معـوض عبدالتواب ص٤١٨ وسابق الإشارة إليه أيضاً .

(2) انظر سليمان مرقس ١٩٥٧ بند/٩٠ .

(3) وكان الأمر ، فى هذا الحكم ، يتعلق بـ جهة إدارة استولت على عقـار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنافع العامة ، فقاضاها المالك مطالبا بقيمة العقار ، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن تـرد الأرض المغتصبة ، وقضـت محكمـة الموضوع للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، وهو ما رأت فيه محكمة النقض مخالفة ، من جانب الحكم ، للقانون .

بالتنفيذ العينى [1] لا بالتعويض العينى[2] .

٧٤- هذا ، ونص المادة ١٧١ سابق الإشارة يفترض التعويض العينى (محل البحث) فى إطار المسئولية التقصيرية وذلك من موضع وروده فى الفصل الخاص بالعمل غير المشروع، كما أن بعض عبارات الفقرة الثانية منه ، صريحة فى هذا المعنى .

٧٥- وتدعونا هذه الملاحظة إلى تساؤل عن مدى ما يمكن أن يكون للتعويض العينى من فرص التطبيق فى إطار المسئولية العقدية .

والظاهر ، فى هذا الشأن ، أن الفقه المصرى لا يفرق – فى إمكان الحكم بالتعويض العينى – بين المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية [3] . ورغم أن نص المادة ٢/١٧١ (الذى يجعل للقاضى أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه) قد ورد فى إطار المسئولية عن العمل غير المشروع ؛ إلا أنه يرى تطبيق حكمه بطريق القياس على المسئولية العقدية

---

(١) لذلك الالتزام السلبى العام المفروض عن الكافة بعدم اغتصاب أو سلب حقوق الغير . فإذا كان الشيء المغتصب لا يزال موجوداً تحت يد الغاصب فإن إلزامه برده إلى صاحبه هو إلزام له بتنفيذ التزامه هذا تنفيذاً عينياً .

(٢) وينسحب ، تحليلنا هذا ، ويصدق بشكل أوضح ، على ما أصدرته محكمة النقض من حكم ، فى الطعن رقم ١٠٢ لسنة ١٩ق بجلسة ١٩٥٢/٦/١٢ سابق الإشارة إليه (راجع سابقاً هـ/١ من ص٨٩ .

ويبدو أن المنقولات ، فى هذا النزاع ، كانت مسلمة من المستأنفة للمستأنف ضده فى إطار عقد من العقود ، فيما يعنى أن النزاع كان يدور حول مسئولية عقدية . وفيها ، كما سبق أن قلنا (راجع سابقاً بند/٧١ ص٨٨) يكون التنفيذ العينى للالتزام هو الأصل متى كان ممكناً . وانظر أيضاً نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ فى الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٦ق ، مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٣٣ .

(٣) انظر ، فى هذا المعنى تقريباً : د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٠ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٢٥ .

أيضاً [١] . وفى سبيل التدليل على إمكان هذه التسوية ، ومن ثم إمكان الحكم بالتعويض العينى فى إطار المسئولية العقدية ، يمثل عادة بفرض ما إذا كان محل الالتزام تسليم شيء هلك بخطأ المدين ، حين يمكن للدائن ، فى نظر الفقه ، أن يطلب بدلاً من التعويض النقدى تسليمه شيئاً مماثلاً [٢] . أو يكون المدين قد تعهد بعدم البناء ، وخالف هذا التعهد ، حين يمكن أن يطلب الدائن إزالة البناء المخالف كتعويض عينى . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الاتجاه ، فى أحد أحكامها، حين قالت بأن التعويض قد يكون عينياً « بإزالة المخالفة التى وقعت إخلالاً بالالتزام » [٣] .

ونعتقد من جانبنا أن فُرص الحكم بالتعويض العينى ، بمعناه الدقيق ، قليلة [٤] فى مجال المسئولية العقدية . وأن الأمثلة التى سيقت للتدليل على التسوية بين نوعى المسئولية فى إمكان الحكم بالتعويض العينى يشوبها خلط بين التعويض العينى والتنفيذ العينى : فحين يقضى على المدين بتسليم شيء مماثل للشيء الذى هلك بخطئه بدلاً من الحكم عليه بتعويض نقدى ، إنما يقضى عليه ، فى الحقيقة بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً [٥]؛ إذ المبدأ أن المثليات لا تهلك ، ومن ثم يقوم بعضها مقام البعض الآخر فى الوفاء . وحين يقوم المدين بإزالة البناء المخالف إعمالاً للحكم بالإزالة ، فإنه بذلك لا يعوض الدائن تعويضاً عينياً وإنما هو فى الحقيقة ينفذ التزامه بالامتناع عن البناء ،

---

(١) فى هذا المعنى : د . إسماعيل غانم بند ٤٦ .

(٢) انظر د . عبدالودود يحيى بند ٢٥ .

(٣) نقض ١٩٧٧/٥/١٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٩ ص١١٥٨ .

(٤) وفى هذا المعنى يقول كاربونييه أن الأصل فى تعويض الدائن بالالتزام غير المنفذ ، أن يقضى له بمبلغ نقدى ، « ولا يستطيع القاضى » أن يحكم على المدين بتعويض عينى . بند ٧٦ ص٢٥٤ .

(٥) بل يرى البعض أن الحكم على المدين بتسلم شيء مماثل غير جائز . ولابد أن يكون تعويض الدائن هنا تعويضاً نقدياً . كاربونييه ، الموضع سابق الإشارة .

عيناً ، بالنسبة للمستقبل [1] . والدليل على ذلك أن بإمكان الدائن أن يطلب – إلى جانب هذه الإزالة – الحكم له بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء إقامة البناء المخالف وإزالته بعد إقامته ، ولو كان فى الحكم بالإزالة تعويضاً لما جاز له أن يجمع بين التعويضين .

طبيعة الحكم به (الحكم بالتعويض كاشف عن الحق فيه) :

٧٦- ولما كان قوام المسئولية المدنية هو جبر الضرر الذى أحدثه خطأ المسئولية ، فإن الحق فى التعويض عن هذا الضرر إنما ينشأ لطالبه من وقت تحقق الضرر (أو من تاريخ الإعذار فى الحالات التى يكون فيها واجباً)، ليغدو الحكم به مجرد مقرر أو كاشف عن الحق فيه وليس منشئاً له . ويمكن التدليل على ذلك بما هو مسلم به من إمكان قيام المسئول بدفع التعويض للمضرور قبل صدور الحكم القضائى به ، فيعتبر ذلك من جانبه وفاء لالتزام قائم فى ذمته .

٧٧- ولا يصح الاعتقاد بأن أمر ما إذا كان الحكم بالتعويض يعتبر كاشفاً أو منشئاً للحق فيه هو مجرد خلاف لفظى ، وإنما – على العكس يترتب على الأخذ بهذا الرأى أو ذاك نتائج مهمّة ، تظهر – بصفة خاصة – من حيث مدى إمكان التصرف فى الحق فى التعويض من جانب المضرور ، ومن حيث مدى إمكان الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف المدين (المسئول) ، ومن حيث الوقت الذى يبدأ فيه سريان تقادم دعوى المسئولية .

فلأن الحق فى التعويض ينشأ من وقت الضرر بحيث يكون الحكم به

(١) ويقترب من هذا المعنى حكم النقض المصرى الصادر فى ١٩٧٥/١/١١ حين قضى بأن « طلب العامل إعادته إلى عمله ، لأن فصله كان بغير مبرر ، إنما هو طلب تعويض بطريق التنفيذ العينى » . المجموعة السنة ٢٦ رقم ٣٧ ص١٥٠ .

مجرد كاشف عن الحق فيه ، فإن للمضرور أن يتصرف فى هذا الحق منذ هذا الوقت ، فيحوله مثلاً إلى شخص آخر لينتقل إلى المحال إليه بذات الأوصاف (حق مستحق الأداء وإن كان غير معين المقدار) [1] . كما يكون للمضرور – كذلك – وبحسبان حقه فى التعويض مستحق الأداء ، أن يطعن بالدعوى البولصية فى تصرف المدين بالتعويض (المسئول) ولو كان هذا التصرف سابقاً على صدور الحكم بالتعويض . كما يبدأ – بالتالى – سريان تقادم دعوى المسئولية من وقت وقوع الضرر مادام أن المضرور يعلم به وبشخص المسئول عنه (وإلا فإنه لا يسرى إلا من وقت هذا العلم) .

الضوابط التى تحكم سلطة القاضى فى تقدير التعويض :

وتحكم سلطة القاضى فى تقدير التعويض مجموعة من القواعد تتلخص فى:

١- التعويض يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت [2]:

٧٨- ذلك أنه لما كان من الضرورى أن يكون التعويض جابراً لكل الضرر كان من الواجب – بالتالى – أن يشمل « ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب » م ٢٢١ وهما عنصرا كل تعويض .

---

(١) اللهم إلا إذا كان هذا التعويض مستحقاً عن ضرر أدبى ، حيث لا تجيز المادة ٢٢١ مدنى أن ينتقل هذا الحق إلى الغير إلا إذا كان قد تحد بمقتضى اتفاق بين المضرور والمسئول ، أو كان الدائن (المضرور) قد طالب به أمام القضاء . ولعل إمكان انتقال الحق فى التعويض عن هذا النوع من الضرر فى الفرض الأخير ما يؤكد أن هذا الحق ينشأ للمضرور من يوم حدوث الضرر وليس من يوم صدور الحكم ، مادام أنه يكفى – بصريح النص – مجرد المطالبة القضائية به ، حتى يمكن أن ينتقل بعد ذلك للغير ولو قبل صدور الحكم .

(٢) انظر فى هذا المعنى من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٢ ص١٠٢٥ ؛ نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة ٢٦-١٦٧-٨٥٤ ، نقض ١٩٧٤/١١/١١ المجموعة ٢٥-٢٠٤-١٢١٠ .

وبيان ذلك أن الضرر المادى ، بحسبانه إصابه لذمة الدائن المالية قد يؤثر فى هذه الذمة بشكل مباشر حين ينقص من مال الدائن ليسمى فى الاصطلاح بالخسارة اللاحقة ، كأن يخل المستعير بالتزامه بالمحافظة على الشىء المعار فتتلف بعض أجزائه مما يكبد المعير نفقات إصلاحه . وقد يؤثر فيها بشكل غير مباشر حين يفوت على الدائن كسباً كان سيجنيه ليسمى فى الاصطلاح بالكسب الفائت ومثاله أن يخل الناقل بالتزامه بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه فى الوقت المحدد ، فيفوت عليه فرصة بيعها بسعر مرتفع . فإذا كان خطأ المدين قد أصاب الذمة المالية للدائن بشكل مباشر وغير مباشر معاً، بأن ألحق به خسارة فى الوقت الذى فوت عليه كسباً ، واستطاع الدائن أن يثبت ذلك ، وجب على القاضى أن يقدّر التعويض بحيث يجبر كلاً من وجهى الضرر . ومثال ذلك أن يؤدى الفعل الضار إلى إصابة فنان أثناء ذهابه لإحياء حفل كان قد تعهد بإحيائه مقابل أجر . عندئذ يتعين أن يشمل التعويض (فضلاً عن الألم المعنوى الذى يقاسيه المضرور من جراء الإصابة) جميع المصروفات التى يتكبدها لعلاج إصابته باعتبار هذه المصروفات خسارة لحقت به ، والأجر الذى كان سيتقاضاه من إحياء الحفل بحسبانه كسباً ضاع عليه [1] .

٧٩- وقد أكدت محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامها ، أن تعيين عناصر الضرر المطالب بالتعويض عنه ، إنما هو من مسائل القانون

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء نقض ١٩٦٩/٤/١٧ (مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص/٤٩٩ وقد جاء فيه أنه ، مقتضى نص المادة/٢٢١ « أن الناقل يكون مسئولاً عن هلاك البضاعة أو فقدها أثناء الرحلة البحرية بمقدار الثمن الذى ينتج من بيعها فى ميناء الوصول ، لأن هذا الثمن هو الذى يمثل الخسارة التى لحقت صاحبها والكسب الذى فاته إذا كان ثمن البيع فى ميناء الوصول يزيد على ثمن شرائها » .

التى تخضع لرقابتها [1][2] . وتطبيقاً لهذه الرقابة أيدت ، بحق ، حكم

(١) انظر مثلاً : نقض ١٩٦٩/٤/١٧ سابق الإشارة إليه وقد جاء فيه « أنه وإن كان تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ؛ إلا أن تعيين عناصر الضرر التى يجب أن تدخل فى حساب التعويض هو من المسائل القانونية التى يخضع فيها لرقابة محكمة النقض » ، وانظر أيضاً نقض ١٩٦٩/٤/٢٤ المجموعة س٢٠ ص٦٧٦ (ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص/٤٥٠) ، وقد جاء فيه : « أنه وإن كان تقدير التعويض عن الضرر هو مما يستقل به قاضى الموضوع ، إلا أنه إذا قدم له طالب التعويض دليلاً مقبولاً على أحد عناصر الضرر الذى يطالب بالتعويض عنه ، ورأى القاضى إطراح هذا الدليل وتقدير التعويض على خلافه ، فإنه يتعين عليه أن يبين سبب عدم أخذه به ، وإلا كان حكمه مشوباً بالقصور » ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٩/٣/٢٧ المجموعة السنة ٣٠ رقم ١٧٥ ص٩٤١ ؛ ١٩٧٧/٢/٢١ المجموعة ٢٨-٩٥-٥٠٠ ، ١٩٧٥/١٢/٢٣ المجموعة ٢٦-٣٠٩-١٦٥٣ ؛ ١٩٧٥/٣/١٢ المجموعة ٢٦-١١٥-٥٦٨ ؛ ١٩٧٥/٥/٢٦ المجموعة ٢٦-٣٠٦-١٠٧٨ ؛ ١٩٧٢/٥/١٣ المجموعة ٢٣-١٤٠-٨٩٤ / ١٩٧٠/٣/٣١ المجموعة ٢١-٨٦-٥٣٨ ؛ ١٩٧٠/١٢/٨ المجموعة ٢١-١٩٧-١٢٠٨ وقرب نقض فرنسى ١٩٨٢/١٢/٦ (د . ١٩٨٣-أ-ر-١٢٤) .

وقد جاء فى حكم محكمة النقض المصرية فى ١٩٧٢/٥/١٣ أنه كان يتعين ضرورة مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجارى ، عند تقدير التعويض عن فسخ العقد بلا مبرر . أما القضاء بالتعويض بصورة مجملة دون بيان عناصره ، فإنه يعتبر من قبيل القصور الذى يشوب الحكم . المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٤٠ ص٨٩٤ .

إنما إذا بيَن الحكم فى أسبابه عناصر الضرر ، فإنه لا يعيبه بعد ذلك تقدير تعويض إجمالى عن تلك العناصر . فى هذا المعنى نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ المجموعة السنة ٢١ رقم ١٩٤ ص١١٨٩ .

(٢) « أما تقدير قاضى الموضوع للضرر نفسه (بعد إذ تعينت عناصره على نحو صحيح) ، وتحديد التعويض الجابر له فإنه من مسائل الواقع التى يستقل بها دون رقابة من محكمة النقض مادام قد اعتمد فى قضائه على أساس معقول » ، نقض ١٩٦٦/٥/١٩ المجموعة س١٧ ص١٢٠١ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب =

الاستئناف الذى رفض أن يرى فى إنفاق الأب على ولده [1]، ما يعتبر خسارة تستوجب التعويض ، مادام أن الأب ملتزم بهذا الإنفاق قانوناً . كما أفصحت ، فى هذا الحكم ، عن فهمها لمدلول تفويت الكسب على المضرور، حين اكتفت فى هذا الشأن بفوات ما كان يأمل فى الحصول عليه من كسب ، مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة [2][3] .

= ص/٤٤٩ . وانظر نقض ١٩٦٩/٤/١٧ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص/٤٤٩ ؛ نقض ١٩٧١/٢/٤ المجموعة س٢٢ ص١٧٢ ، نقض ١٩٦٦/١١/٨ المجموعة س١٢ ص١٦٢٩ مشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص/٤٥١ .

(١) وقد جاء فى هذا الحكم أن « الوالد ملتزم بحكم القانون بالانفاق على أولاده فى سبيل رعايتهم وإحسان تربيتهم ، فلا يصح اعتبار ما ينفقه فى هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض . ولما كان ما أنفقه الطاعن ... على ولده المجنى عليه هو من قبيل القيام بالواجب المفروض عليه قانوناً ، فلا يجوز له أن يطالب بتعويض عنه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم فى قضائه هذا النظر يكون قد أصاب صحيح القانون » . نقض ١٩٧٩/٥/١٦ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٥١ ص٣٦٢ .

(٢) فقد جاء فى هذا الحكم : « من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً ، فإن تفويتها أمر محقق . ولا يمنع القانون من أن يحسب فى الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ، مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة . ولما كان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين فى رعاية ابنهما لهما فى شيخوختهما بأنها احتمال ، فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الابن لأبويه وهو أمر احتمالى ، وبين تفويت الأمل فى هذه الرعاية وهو أمر محقق ؛ ولما كان الثابت ... أن الطاعن قد بلغ سن الشيخوخة وأنه أحيل إلى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذى كان طالبا فى الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً ، الأمر الذى يبعث الأمل عند أبويه فى أن يستظلا برعايته ، وإذ افتقداه فقد فاتت فرصتهما بضياع أملهما ؛ فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون » . وانظر فى نفس المعنى أيضاً نقض ١٩٧١/٦/٢٤ المجموعة السنة ٢٢ رقم ١٣٥ ص٨٢٨ .

(٣) ومن تطبيقات هذه الرقابة أيضاً ، ما قضت به من أن اعتبار الحكم أن عنصر التعويض عما فات من كسب هو طلب للفوائد ، يعتبر خطأ فى القانون . انظر نقض =

٣- التعويض حماية قانونية تشمل الحق والمصلحة المشروعة :

٨٠- وبديهى أن يكون للمضرور الحق فى التعويض حيث يتمثل الضرر المادى الذى يصيبه ، فى الإخلال بحق محدد له ، عينياً كان هذا الحق أو شخصياً أو معنوياً .

غير أن له فضلاً عن ذلك الحق فى التعويض ولو وتمثل هذا الضرر فى إخلال بمصلحة مالية لا ترقى إلى مستوى الحق . شريطة أن تكون هذه المصلحة مشروعة لا تخالف النظام العام أو الآداب (١) .

فإذا أدى – على سبيل المثال – الفعل غير المشروع إلى قتل أحد الأشخاص ، كان لأولاده (فضلاً عن حقهم فى المطالبة التعويض عن الضرر المادى والمعنوى الذى أصاب مورثهم من جراء الفعل غير المشروع) ، الحق فى التعويض عن الضرر المادى الذى أصابهم متمثلاً فى إهدار ما كان لهم من حق فى النفقة على المقتول . كما يكون للسيدة التى لا تجب لها النفقة عليه ، الحق فى التعويض أيضاً عن الضرر المادى الذى أصابها فى مصلحتها المالية بوفاته ، لما كانت تعول فى نفقتها عليه متى كان من الثابت أن المقتول كان يعولها على نحو مستمر وأن الظروف تؤكد أنه كان سيستمر فى هذا الإنفاق مستقبلاً (٢) . على أنه يشترط أن تكون العلاقة

= ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢١ رقم ٢٠٢ ص١٠٢٥ (وكان الأمر فى هذه الدعوى يتعلق بحادث سيارة ، طالبت صاحبتها فيه بتعويض عما أصابها من خسارة بسبب تلفها ، وبمبلغ آخر شهرياً كتعويض معادل لإيرادها الذى حرمت منه ، حين اعتبر الحكم المطعون فيه – وبشكل خاطئ – عنصر التعويض عما فات الطاعنة من كسب ، طلباً للفوائد وقضى فيه على هذا الأساس .

(١) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٦٠٦ ؛ كاربونييه بند ٨٨ ص٣٠٥ .

(٢) وفى هذا المعنى جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية ، أن طلب التعويض

بينه وبينها علاقة مشروعة وإلا – كما لو كانت خليلته مثلاً – لما استحقت تعويضاً ، لأن مصلحتها من بقائه حياً تكون مصلحة غير مشروعة [1] .

٣- التعويض يجب أن يكون جابراً لكل الضرر ، مقدراً بالمعيار الذاتى :

٨١- وفى هذا المعنى تقضى المادة ١٧٠ مدنى صراحة بأن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور ... مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة » [2][3] .

عن الضرر المادى نتيجة وفاة شخص آخر مشروط بثبوت أن المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم ، وأن فرصة الاستمرار كانت محققة . انظر : نقض ١٩٨٠/٣/٢٧ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٨٤ ص٩٣٧ ؛ وفى نفس الاتجاه: نقض ١٩٧٩/٣/٢٧ ٣٠-١٧٥-٩٤١ ؛ ١٩٧٨/٥/٢٣ ، ٢٩-٢٥٤-١٣٠١ ؛ وانظر أيضاً فى نفس المعنى : مارتى ورينو بند ٣٧٩ ؛ نقض (جنائى) فرنسى ١٩١٣/٢/٧ (د . ١٩١٣-١-٣٧٣) .

(١) يأخذ بهذا الشرط أيضاً : مارتى ورينو بند ٣٨٠ ؛ فلور تعليق (د . ١٩٤٥-٢٩٣) ؛

MAZEAUD (H) : La lésion d'un «Intêret légitime juridiquement protégé» condition de la responsabilité civile . D 1954-chr P . 39 ;
JOSSERAND : L'avénement du concubinat D .H . 1932-chr-45 .

وكان القضاء فى فرنسا قد أجاز تعويض الخليلة عما أصابها من ضرر فى مصلحتها بموت خليلها ، ثم تحول عن هذا الاتجاه لفترة ، ثم عاد مؤخراً يقترب من الاتجاه الأول . راجع فى هذا التطور مارتى ورينو بند ٣٧٩ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٦٠٦ .

(٢) ومراعاة هذه الظروف ، فى تقدير التعويض « أمر يدخل فى سلطة قاضى الموضوع فلا معقب عليه فى ذلك » . نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ المجموعة س١٥ ص٦٣١ .

(٣) انظر نقض ١٩٧٢/٦/٨ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٦٨ ص١٠٧٥ وقد جاء فيه أن تقدير التعويض من إطلاقات محكمة الموضوع مهتدية فى ذلك بكافة الظروف والملابسات فى الدعوى .

وبيان ذلك أن الفعل غير المشروع قد يلحق بالمضرور – فى ضوء ظروفه الشخصية – ضرراً يفوق فى جسامته ما كان ليصيب شخصاً آخر لا تتوافر فيه هذه الظروف . وعندئذ يجب على القاضى إعمالاً للنص سابق الذكر ، أن يأخذ هذه الظروف ، فى اعتباره عند تقدير التعويض . فأقل عاهة فى ساق عدّاء أو لاعب كرة قدم على سبيل المثال إنما تنزل به ضرراً لا يمكن مقارنته بعاهة تصيب ساق عامل يدوى كالساعاتى مثلاً .

٨٢- ويرى جانب من الفقه المصرى ، أخذاً بصريح الأعمال التحضيرية للنص سابق الذكر ، أن الظروف الملابسة التى وردت فيه ، إنما تشمل مدى جسامة خطأ المسئول [١] . حين ينتقد البعض الآخر [٢]- على العكس – هذا الاتجاه ، ويراه أمراً غير مفهوم بعد انفصال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية واختلاف التعويض – تبعاً لذلك – عن العقوبة .

ونحن وإن كنا نفضل الانضمام إلى الاتجاه الأخير ، إلا أننا نعتقد أن الاستناد فى تبريره إلى ما يقال من انفصال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ومن ثم اختلاف التعويض عن العقوبة ، هو من قبيل الاستناد إلى حجة غير حاسمة . فلا يزال للمسئولية المدنية ، فى العصر الحاضر ، دور فى الزجر أو الردع مهم تلعبه ، إلى جانب دورها التعويضى الأساسى . هذا الدور هو ما يعرف اصطلاحاً بالعقوبة الخاصة La Peine Priveé ، تلك العقوبة التى تجد لها تطبيقات متعددة فى التشريعات الحديثة . كما هو الحال – مثلاً – فى الغرامة التهديدية ، وفى الشرط الجزائى ، وفى إضعاف

---

(١) من هذا الاتجاه : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٢٢ ، وبند ٤٠٩ ، د . عبدالمنعم البدراوى بند ٤٥ ؛ د . إسماعيل غانم بند ٤٧ .

(٢) انظر : د . الصده بند ٢٨ ؛ د . جميل الشرقاوى بند ١٩ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٢٦ ، د . مصطفى الجمال بند ٢٦٨ .

التأمينات، وفى جزاء الإخلال بالالتزام بإعلان الخطر فى التأمين ... الخ .

وعلى أية حال ، فإننا نسلم مع هذا الرأى الأخير ، بأنه من حيث الواقع يأخذ القاضى – بمنطق شعوره كإنسان – مدى جسامة خطأ المسئول فى حسبانه عند تقدير التعويض [1] . بما يجعل من اشتراط أن يلتزم القاضى فى تقدير التعويض قدر الضرر بصرف النظر عن مدى جسامة الخطأ ، اشتراطاً نظرياً فى الحقيقة .

٨٣- ويبقى أن نشير فى هذا الصدد – إلى أننا لا نسلم بما ورد فى المذكرة الإيضاحية لنص المادة ١٧٠ مدنى سابقة الذكر ، من أن الظروف الملابسة التى يجب مراعاتها فى تقدير التعويض تشمل أيضاً – وكما يؤيد ذلك بعض الشراح – الظروف المالية للمسئول [2] . ذلك أن الحكم بالتعويض يجب أن يكون جابراً لكل الضرر ، بصرف النظر عما إذا كان تنفيذ هذا الحكم – بالنظر إلى الظروف المالية للمسئول – سوف يصادف صعوبة أم لا . ويبدو أن واضع المذكرة الايضاحية كان يضع نصب عينيه فى هذا التوسع أن المسئول قد يكون مؤمناً على مسئوليته لدى شركة تأمين بما يسمح – عنده – بتقدير تعويض أكبر منه فى الحالة العكسية التى يضمن فيها مرتكب الفعل الضار مسئوليته بنفسه . غير أن هذا النظر فى الواقع غير دقيق، إن لم نقل أنه يتنافى مع فن التأمين نفسه ، الذى يقوم على أساس من أن شركة التأمين إنما تتحمل عن المستأمن مسئوليته ذاتها ، بحيث لا يتحرك ضمانها إلا بعد ثبوت مسئولية عميلها ، وبقدر هذه المسئولية .

(١) انظر فى هذا المعنى د . الصده بند ٢٨ ، وكاربونييه بند ١١١ ص٤٠٨ الذى يضيف أن القاضى يدخل فى حسابه مدى جسامة الأخطاء فى حالة قسمة التعويض بين المسئولين المتعددين عن الضرر .

(٢) فى هذا المعنى : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٢٢ وبند ٤٠٩ .

٤- التعويض يقتصر على الضرر المباشر [1]، وفى المسئولية العقدية على ما كان منه متوقعاً [2]:

٨٤- وإذا كان التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب على التفصيل السابق ، إلا أن ذلك مشروطاً فى المادة ٢٢١ مدنى بأن يكون الضرر « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به » . ويقال – تبعاً لذلك – أن التعويض – فى المسئولية المدنية بنوعيها – يقتصر على الضرر المباشر فقط ، أى الضرر الذى يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ . وهو يعتبر كذلك وفقاً لذات النص « إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

واستخلاص السببية بين الخطأ والضرر « هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائغ » [3] .

أما فى إطار المسئولية العقدية فإن التعويض يقتصر ، فضلاً عن ذلك على الضرر المتوقع [4] ما لم يكن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ،

(١) انظر نقض فرنسى (جنائى) ١٩٨٢/١٢/١٣ (د . ١٩٨٣-أ .ر-١٨٢) .

(٢) أما فى المسئولية التقصيرية فإنه يشمل الضرر المباشر كله ، متوقعاً أم غير متوقع . انظر من تطبيقات القضاء فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٤/١١/١١ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٢٠٤ ص١٢١٠ .

(٣) نقض ١٩٦٦/١١/١٨ المجموعة س١٢ ص١٦٢٩ ومشار إليه أيضاً فى : معوض عبدالتواب ص٤٥١ .

(٤) انظر نقض ١٩٦٥/١١/١١ (مشار إليه فى معوض عبدالتواب) ص٤٤٩ ، وقد جاء فيه : « إذا كان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه ، أنه ، وهو بسبيل تقدير ما يستحق المطعون ضده من تعويض ، اتبع المعايير التى تتطلبها =

حين يسأل عندئذ – عن كل الضرر المباشر ولو كان غير متوقع . وفى هذا المعنى جاء فى المادة ٢/٢٢١ « أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » (١) . على أن يلاحظ أن المعيار فى توقع الضرر من عدمه هو معيار موضوعي (٢)، ومن ثم يخضع تقديره لقاضى الموضوع (٣) . وأنه لا يكفى أن يكون المدين قد أمكنه أن يتوقع الضرر فى سببه ، وإنما يلزم أيضاً أن يكون بالإمكان توقعه فى مداه (أى فى قيمته) (٤) . وأمر تفصيل هذا القيد إنما يدرس عادة عند التعرض لركن الضرر فى المسئولية المدنية ، فيكتفى فيه بهذا القدر ، ونحيل فى باقى التفاصيل إلى ذلك الموضع .

= المسئولية العقدية ، وكان تقدير التعويض على هذا الأساس أخفّ منه على أساس المسئولية التقصيرية ، ذلك أنه طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى يقتصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول ، أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع ، وكان الطاعن لم يبين وجه تضرره من خطأ الحكم فى تقدير التعويض الذى ألزمه به على أساس المسئولية العقدية دون التقصيرية ، فإن هذا النعى ، بفرض صحته ، يكون غير منتج ، إذ لا يتحقق به للطاعن إلا مصلحة نظرية بحتة لا تصلح أساساً للطعن » .

(١) وعلى نفس النسق يجرى نص المادة ١١٥٠ مدنى فرنسى .

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٠٥٥ ؛ وانظر أيضاً : نقض فرنسى (عرائض) ١٩٣٧/٦/٢١ (د . ١٩٣٨-١-٢٨ وتعليق ميمين) .

(٣) انظر ، من التطبيقات القضائية ، استئناف باريس ١٩٤٩/١١/٢٩ (د . ١٩٥١-٣-٣١ وتعليق روجير) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٧/٦/٢١ سابق الإشارة .

(٤) وهذا المعنى أصبح مسلماً به فى الفقه والقضاء الفرنسيين أيضاً فى الوقت الحاضر : انظر : ستارك بند ٢٠٥٥ والأحكام المشار إليها فيه .

٥- يكون التعويض بقدر الضرر مقوّما بحسب حالته يوم صدور الحكم النهائي :

٨٥- هذا ويتعين على القاضي - وفق ما استقر عليه القضاء [(١)(٢)]- أن يقدر الضر بحسب حالته يوم صدور الحكم النهائي . فيأخذ في اعتباره ما يطرأ على الضرر من تغير في مداه (عناصره) أو في قيمته حتى يوم صدور هذا الحكم .

ويبدو أن وراء هذا الاتجاه رغبة القضاء في محاربة ما قد يؤدى إليه انخفاض العملة من ميل لدى المسئول في إطالة أمد النزاع عن طريق الطعن في الحكم بكل طرق الطعن من استئناف ونقض ؛ إذا ما دام الضرر سوف يقوَّم بحالته يوم صدور الحكم النهائي . فلن يفيد المسئول شيئاً أن يطيل أمد النزاع [(٣)] .

---

(١) انظر مثلاً : نقض مصري ١٩٤٧/٤/١٧ مجموعة عمر جـ٥ رقم ١٨٥ ص٣٩٨ ، ومن القضاء الفرنسي : نقض (عرائض) ١٩٤٢/٣/٢٤ (ج .ب ١٩٤٢-١-٢٢٤) وقد أشار أيضاً إلى استقرار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه : كاربونييه بند ١١١ ص٤٠٨ .

وانظر في تطور القضاء الفرنسي في هذا الخصوص :

MAZEAUD (L) : L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance j .c .p . 1942-1-275 .

(٢) ويؤيد الفقه أيضاً هذا الاتجاه : انظر مثلاً : د . إسماعيل غانم بند ٤٧ ؛ د . البدراوي بند ٤٦ ؛ د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٣ ، ١٩٦١ بند ٦٢٢ ؛ د . جميل الشرقاوي بند ١٩ ؛ وفي الفقه الفرنسي انظر مثلاً : كاربونييه ، الإشارة السابقة .

(٣) في هذا المعنى جوجلار (دروس مازو) ص ٦٦٥ ، د . البدراوي بند ٤٦ ؛ كما يبرر البعض هذا الحل بأنه هو الذي يحقق - في ضوء ظاهرة الانخفاض المستمر في قيمة النقود - قاعدة وجوب التعويض الكامل للضرر . انظر كاربونييه بند ١١١ ص٤٠٨ .

على أنه يجب أن يلاحظ أنه إذا كان الضرر قد تفاقم فى الفترة ما بين وقوعه وصدور الحكم وكان بإمكان المضرور أن يتفادى هذا التفاقم بالمبادرة إلى إصلاح الضرر على نفقته ولم يفعل ، فإن هذا التفاقم يعتبر – وفقاً للمادة ٢٢١ سابقة الإشارة – ضرراً غير مباشر لا يسأل عنه مرتكب الفعل الضار . أما على العكس إذا كان قد بادر إلى إصلاح هذا الضرر على نفقته ، فإنه يمكنه أن يرجع – بما أنفق – على المسئول . غير أن حقه يتحدد – عندئذ – بقدر ما أنفقه فعلاً ، دون أن يكون لتغير سعر النقود فى الفترة ما بين هذا الإنفاق وصدور الحكم أى أثر [١] .

٦- التعويض يشمل الضرر الأدبى [٢] أيضاً [٣]:

٨٦- وعلى هذا جرى نص المادة ٢٢٢ مدنى التى قضت صراحة بأن « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً » [٤] .

---

(١) فى هذا المعنى : ليون مازو مقال ١٩٤٢ سابق الإشارة ؛ وانظر أيضاً : استئناف باريس ١٩٢٦/١٢/٢ (د . ١٩٢٧-٢-١١٧ وتعليق H. A) ؛ وفى ١٩٣٥/٧/٣ (ج .ب ١٩٣٥-٢-٦٨٢) . ويعلّل مازو هذا الحكم بأن المضرور عندما لجأ إلى إصلاح الضرر بنفسه يكون قد غير من طبيعة هذا الضرر فأصبح يتمثل ، أياً كانت صورته الأصلية – فى المبلغ النقدى الذى دفعه فى هذا الإصلاح ، فلا يستحق إلا ما دفع .

(٢) والمقصود به الضرر الذى لا يصيب الذمة المالية للشخص ، انظر فى هذا المعنى ، وفى عدم دقة التعبير (ضرر أدبى Préjudice morale) وفى تفضيل اصطلاح (الأضرار غير الداخلة فى الذمة المالية Dommages extra patrimoniales) ، ستارك بند ١١٣ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٤١٧ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٢/٤/٨ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٠٥ ص٦٧٠ ، والأحكام المشار إليها لاحقاً فى البند ٦٥ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ المجموعة س١٥ ص٦٣١ .

وجاء فى الأعمال التحضيرية – تعليقاً على هذا النص – أنه : « غنى عن البيان أن تصوّر الضرر الأدبى أيسر فى نطاق المسئولية التقصيرية منه فى نطاق المسئولية التعاقدية ... على أن ذلك لا ينفى إمكان المسئولية عن الضرر الأدبى فى الالتزامات التعاقدية . فمن ذلك مثلاً امتناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة ، مع أن قيمتها المادية ضئيلة »[1] .

٨٧- ومن غير شك أن واضعى نص المادة ٢٢٢ كانوا يقصدون بالتعويض هنا التعويض المالى أو النقدى ، مادام أنه من البديهى ، ودون حاجة إلى نص خاص أن يكون بالإمكان جبر الضرر الأدبى بترضية أدبية مماثلة كالاعتذار أو التكذيب المنشور .

ويرجع حرص المشرع على وضع هذا النص إلى ما كان يثور من شك حول مدى إمكان جبر الضرر الأدبى بتعويض نقدى ، بمقولة أن مثل هذا الضرر لا يعتبر خسارة مالية من جهة ، وأنه مما لا يتفق – من جهة أخرى – والمثل العليا الأخلاقية أن يقبل الإنسان ، لقاء الاعتداء على شرفه أو كرامته ، مبلغاً نقدياً ، فينزله أو ينزلها بهذا الشكل منزلة الأموال المادية . فضلاً عن صعوبة تقدير التعويض عنه [2] . وحسنا فعل المشرع أن لم يقم وزناً لهذه الحجج التى يمكن تفنيدها بسهولة . فأورد النص سابق الذكر ، قاطعاً فى إمكان التعويض عن الضرر الأدبى . وإن كان صدى هذه الاعتبارات يبدو – للأسف – أنه كان لا يزال يترك أثره لدى واضعى النص

---

(١) مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص/٤٥٠ .

(٢) راجع فى تفاصيل الاعتراضات التى كانت توجه ضد التعويض النقدى عن هذا النوع من الضرر ، والرد عليها : مارتى ورينو بند ٣٨٢ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٤١٩ .

فأوردوه متواضعاً حين قصروا الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى ، الذى يتمثل فى ألم المعاناة النفسية من موت العزيز ، على زوج هذا الأخير وأقاربه حتى الدرجة الثانية دون غيرهم [1][2][3] . وحين لم يجيزوا كذلك انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى إلى الغير « إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء » [4] . وهى قيود منتقدة فى حقيقة الأمر ، وإن لم يكن فى هذا الموضع تفاصيل نقدها ، فتحيل فى ذلك

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٩/١/٢٧ المجموعة س٢٠ ص١٦٨ ، وقد جاء فيه أنه : « إذ نصت المادة ٢٢٢ من القانون المدنى صراحة على أنه يجوز الحكم بالتعويض للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ، وكانت الأخت تعتبر قريبة من الدرجة الثانية بالنسبة لأختها القتيلة ، فإن هذه القرابة تتحقق بها المصلحة فى رفع الدعوى المدنية بصرف النظر عن كونها وارثة للمجنى عليها أم لا ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه ، إذ قضى لأخت المجنى عليها بالتعويض المؤقت عن الضرر الأدبى الذى أصابها من جراء فقد أختها ، لم يخطئ فى تطبيق القانون » . مشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص/٤٥١ .

(٢) لكن قصر التعويض عن الضرر على هؤلاء ، لا يحرمهم « مما لهم من حق أصيل فى التعويض عن الضرر المادى إن توافرت شروطه » . انظر نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ المجموعة س١٥ ص٦٣١ .

(٣) وفى فرنسا – حيث لا يوجد نص مماثل – يستخلص من أحد أحكام الدائرة الجنائية بمحكمة النقض ، أن جواز التعويض عن الألم المعنوى لا يقتصر على حالة الموت ، وإنما يمكن أن يمتد إلى ما هو أدنى من ذلك ، كما هو الحال مثلاً فى الإصابة بعاهة مستديمة . انظر حكمها فى ١٩٨٣/٤/١١ (د . ١٩٨٣–أ ر–٤٠٠) .

(٤) انظر فى تطبيق قضائى لهذا القيد : نقض مصرى ١٩٧٧/١٢/٢٢ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٣٣ ص١١٣ .

فإذا كان المضرور قد توفى بعد إقامته دعوى التعويض ، قضى بهذا الأخير للتركة ، وقسم بين الورثة حسب أنصبتهم الشرعية . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/١١/٤ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٢٥٩ ص١٣٥٩ .

إلى الموضع الخاص بدراسة ركن الضرر فى المسئولية المدنية .

٨٨- هذا ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصاً مماثلاً للمادة ٢٢٢ مدنى مصرى ، إلا أن من المسلم بـه فـى الفقـه والقضـاء الفرنسيين[١] إمكان الحكم بتعويض نقدى عن الضرر الأدبى . بل إن المحاكم قد غالت كثيراً فى هذا الاتجاه [٢]، حتى أنها لم تقتصر على الاعتداد بـالألم المعنوى (كضرر أدبى) الناتج عن موت إنسان عزيز ، وإنما اعتدت بهذا الألم أيضاً ولو كان ناشئاً عن فقد حيوان [٣]،[٤] .

٨٩- وليس من شك أن مثل هذا التوسع لا يمكن الأخذ به فى مصر . فهو يصطدم بما يستخلص بمفهوم المخالفة من المادة ٢٢٢ مدنى التى تـتكلم عن جواز التعويض عن الألم المعنوى فى خصوص موت الآدميـين ، بـل

---

(١) أشار لذلك ستارك بند ١١٥ ؛ وانظر أيضاً :

CARBONNIER : Le Silence et la gloire . D 1951-chr-119 .

نقض ١٩٥١/١٢/٢٧ (د . ١٩٥١-٣٢٩ وتعليق ديبوا) ؛ نقض ١٩٥٥/١٠/١٣ (د . ١٩٥٦-س-٣٢) ؛ استئناف بـاريس ١٩٥٧/٤/١ (د . ١٩٥٧-٤٣٦ الـدعوى ٢) . والفقه والقضاء المشار إليه فى الهوامش التالية من هذا البند .

(٢) انظر فى التدليل على ذلك :

ESMEIN (P) : La commercialisation du dommage moral . D . 1954-chr-113 .

(٣) انظر مثلاً : نقض ١٩٦٢/١/١٦ (د . ١٩٦٢-١٩٩ وتعليـق روديـيـه) ، (جـ .ك .ب ١٩٦٢-٢-١٢٥٥٧ وتعليق اسمان) « فى خصوص مـوت حصـان . وانظر أيضاً محكمة caen الابتدائية (الاستئنافية) فـى ١٩٦٢/١٠/٣٠ (د . ١٩٦٣-٩٢) « فى خصوص موت كلب . وقد أسست المحكمة حكمها على أن الكلب هو أحسن صديق للإنسان » .

(٤) ويبدو أن بعض الشراح الفرنسيين يؤيد هذا التوسع . انظر مارتى ورينو بند ٣٨١ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٤٢٣ ؛ كما أيده ضمنا جوسران بند ٦٢٩ .

وتحصر دائرة من يستحقون تعويضاً عن هذا الألم فى طائفة محدودة من الأشخاص . هذا فضلاً عما فى مجاراة هذا التوسع من خطورة ، لما يخشى من أن يقاس على الحيوانات جميع الأشياء غير الحية [1] . ومن المؤكد أنه سيكون من التطرف [2] أن نوغل فى هذا التوسع إلى هذا المدى .

* * *

وفى ضوء الضوابط سابقة التفصيل ، تكون لقاضى الموضوع سلطته المطلقة فى تقدير التعويض الذى يقضى به للمضرور [3]، لا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض مادام قد بين عناصر الضرر على نحو سليم . وتظهر هذه السلطة التقديرية بشكل أوضح على الأخص فيما يتعلق بتقدير

---

(١) انظر – مع ذلك – حكم محكمة جنح مارس ، فى ١٩٦٦/١٠/٤ (ج .ب ١٩٦٧-١-٢٩) وقد رفضت فيه أن تقضى بتعويض لصاحب سيارة عن الألم المعنوى الذى أصابه بسبب ما حدث بها من إصابات نتيجة الحادث .

(٢) أن لم نقل « من الحماقة » . على حد تعبير ستارك . انظر بند ١١٩ . وراجع فى محاولة للدفاع عن هذا التوسع بالاستناد إلى أن المحاكم كانت تأخذ فى اعتبارها فى حقيقة الأمر القيمة الشخصية للشىء فى نظر صاحبه (المضرور) ، والتى ربما تختلف كثيراً عن قيمته فى السوق :

FÓULON – PIGANIOL note S 1962-281 .

وراجع فى الرد على هذه المحاولة : ستارك بند ١٢٠ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى (جنائى) ١٩٨٢/١٢/١٣ (د . ١٩٨٣-أ .ر-١٨٢) ؛ وفى مصر : نقض ١٩٧٧/٢/٢١ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٩٥ ص٥٠٠ ؛ ١٩٧٥/٣/١٢ المجموعة ٢٦-١١٥-٥٦٨ ؛ ١٩٧٤/٢/٢١ المجموعة ٢٥/٦٤/٣٨٩ ؛ ١٩٧٣/٦/١٤ المجموعة ٢٤-١٦٠-٩١٩ ؛ ١٩٧٢/٤/٨ المجموعة ٢٣-١٠٥-٦٧٠ ؛ ١٩٧٢/٦/٨ المجموعة ٢٣-١٦٨-١٠٧٥ ؛ ١٩٧١/٦/٢٤ المجموعة ٢٢-١٣٥-٨٢٨ .

التعويض عن الضرر الأدبى [١] .

المطلب الثانى

التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى)

La clause Pénale

تعريفه .. وتميزه عن غيره :

٩٠- الشرط الجزائى هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذى يستحق للدائن عند امتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه . ويأخذ عادة صورة بند أو شرط فى عقد ، ومن هنا جاءت تسميته . إنما لا يمنع أن يرد فى اتفاق لاحق [٢]، بشرط أن يسبق وقوع الإخلال بالالتزام ، وإلا كان صلحاً أو تجديداً وانطبقت عليه أحكام الصلح أو أحكام التجديد ، حسب الأحوال . فهذا أو ذاك ينعقدان بعد أن يصبح التعويض مستحقاً : إماً لحسم نزاع بشان تقدير التعويض (فى الأول/الصلح) وإما للاستعاضة عنه بدين

---

(١) فى هذا المعنى : كاربونييه بند ٨٩ ص٣٠٦ ، ٣٠٧ .

وفى مصر : رأت محكمة النقض ، على سبيل المثال – فى إعادة بعض رجال القضاء – الذين كانوا قد عزلوا من ولاية القضاء فى ظروف معينة – إلى عملهم ، تعويضاً مناسباً لهم عما أصابهم من ضرر أدبى بسبب هذا العزل . انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٦ ص٢٣ ، ١٩٧٥/٦/٥ المجموعة ٢٦-١٥-٥٥، ١٩٧٥/١٢/٢٥ المجموعة ٢٦-٢٦-٩٤ .

(٢) وعلى ذلك صراحة نصت المادة ٢٢٣ مدنى . وبالمقابلة فإنه إذا ما ورد العقد النهائى خلواً من النص على الشرط الجزائى الذى كان قد سبق أن ضمنه المتعاقدان مثلاً عقد البيع الابتدائى ، فإن ذلك يدل – والفرض أن عقد البيع النهائى هو قانون المتعاقدين – أنهما قد تخليا عن هذا الشرط . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٠/٣/٢٦ المجموعة السنة ٢١ رقم ٨٢ ص٥١٣ .

جديد (فى الثانى/التجديد) [1][2] .

(*) أنظر الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٢٥ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٥٧ .

(٢) أنظر – فى دراسة حديثة وافية (٣٩٨صفحة) للشرط الجزائى ، تتضمن نظرة جديدة لصاحبها فى بعض جوانب هذا النظام القانونى ، وبخاصة طبيعة الأدوار التى يؤديها ، وهى ما اقتضت منه التمييز بين هذا النظام ونظم عديدة أخرى مشابهة ، من أمثال :

– العقوبة المدنية	Pénalité civile
– رخصة الرجوع (أو العدول)	Le dédit
– الالتزام الجزائى	L'obligation pénale
– الغرامة (الجنائية)	L'amende
– العقوبة الخاصة	Le peine privée
– شرط التعويض الجزافى	La clause d'indemnisation forfaitaire
– العقوبة بالاشتراط	L'stipulation de peine
– الغرامة التهديدية الاتفاقية	L'astreinte conventionnelle
– التعويضات التعاقدية	Les dommages-intérêts contractuels

MAZEAUD (Denis) : la notion de clause pénale . Paris L .G .D .J . 1992 .

وتحديداً : انظر فى الشرط الجزائى فى وجهه كضمان للتنفيذ ، الصفحات من ٩ إلى ١٨٤ البنود من ١ إلى ٣٣٦ ؛ وفى الشرط الجزائى فى وجهة العقابى ، الصفحات من ١٨٥ إلى ٣٩٥ البنود من ٣٣٧-٧٠٤ من ذلك المؤلف . وانظر فى التمييز بين الشرط الجزائى والنظم المشابهة ، الصفحات من ١٠٧ إلى ١٨٤ البنود من ١٩٤-٣٣٦ .

وقد قدّم لهذه الدراسة الأستاذ: شاباس CHABAS بمقدمة طويلة أثنى فيها كثيراً على شجاعة صاحبها العلمية ، ولا غرو فهو ينتمى إلى آل/ مازو .

ولعلّ الظروف تمكننا – فى طبعة تالية من مؤلفنا هذا – من عرض موجز لأبرز الأفكار التى تضمنتها هذه الدراسة ، وتعليقنا عليها ، فهى – بالحقيقة – جديرة بها . =

٩١- وفى الأعم الأغلب يحدد هذا الشرط الجزائى بمبلغ من النقود (١) . لكن ليس ما يمنع – وهو لا يعدو كما قدمنا أن يكون اتفاقاً مسبقاً على تقدير التعويض – أن يتمثل فى شىء آخر ، طالما ارتضى الطرفان ، وبصفة خاصة الدائن ، ذلك (٢) .

٩٢- ولا صلة بين الشرط الجزائى والعربون ، حين تكون دلالة هذا الأخير تأكيد انعقاد العقد واحتساب مبلغه كمقدمة أو جزء من المقابل . غير أنه يفترق عنه أيضاً حتى فى حالة ما إذا كانت دلالة العربون تخويل أى من المتعاقدين الحق فى العدول مقابل مبلغ العربون ، وذلك لاختلاف كل منهما فى طبيعته وأساسه .

فالعربون ثمن محدد للعدول لا يقبل التعديل ويلتزم بدفعه من يريد هذا العدول دون ما نظر إلى قدر الضرر الذى ترتب عليه ، ولا يعد بعدوله هذا

= وانظر فى دراسة تاريخية للشرط الجزائى فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم:

BOCCARA (B) : La reforme de la clause pénal J .C .P . 1975-1-doct-2742 No . 13, 14 .

(١) وقد رأت محكمة النقض المصرية فى الاتفاق ، فى شروط المزايدة ، على حق وزارة التموين فى مصادرة التأمين ، والتزام الراسى عليه المزاد بأجرة التخزين والمصاريف الإدارية ، والفوائد عند إخلاله بالتزامه ، ما يعد من قبيل الشرط الجزائى الذى يتضمن تقديراً اتفاقياً للتعويض ، يجوز تخفيضه طبقاً للمادة ٢٢٤ مدنى . انظر نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ المجموعة السنة ٢١ رقم ١٢٤ ص٧٦٧ .

(٢) ويمثل لذلك بعض الشراح بمؤجر الأرض الزراعية الذى يشترط على مستأجرها أن يخليها فى وقت محدد وإلا صارت المزروعات الموجودة بها ملكاً للمؤجر ، تعويضاً عن عدم تنفيذه الاتفاق على الإخلاء فى موعده . انظر د . جميل الشرقاوى بند ٢٠ .

مخطئاً . حين أن الشرط الجزائى تقدير مسبق للتعويض ، يواجه مديناً مخطئاً، ويتأثر إلى حد كبير بقدر الضرر الذى لحق بالدائن .

خصائص الشرط الجزائى :

٩٣- ويتميز الشرط الجزائى بالخصائص التالية :

١- أنه التزام تابع لالتزام أصلى [1]، مادام قوامه تعويضاً اتفاقياً عن إخلال بتنفيذ التزام كان - أى هذا الالتزام - هو المقصد الأساسى للمتعاقدين . وهو بحكم تبعيته لهذا الالتزام الأصلى يزول بزواله ويتصف بأوصافه . فإذا كان الالتزام الأصلى باطلاً أو حكم بإبطاله [2] أو بفسخه [3]، أو استحال تنفيذه لسبب أجنبى ، سقط هذا الالتزام وسقط معه الشرط الجزائى . كما أن جميع ما يلحق الالتزام الأصلى من أوصاف ، كشرط وأجل تضامن ، يلحق - بالتبعية - الشرط الجزائى .

٢- أنه التزام احتياطى . مادام لا يعدو أن يكون نوعاً من التنفيذ

(١) انظر فى تطبيق لهذه الخاصية : نقض ١٩٥٠/١/١٢ فى الطعن رقم ٧٨ لسنة ١٨ق مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٥٣ وقد جاء فيه : « الشرط الجزائى متى تعلق بالتزام معين وجب التقييد به وإعماله فى حالة الإخلال بهذا الالتزام ، أياً كان الوصف الصحيح للعقد الذى تضمنه » .

(٢) فى هذا المعنى نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٣/٧/٢٠ (د . ١٩٨٤-٤٢٢ وتعليق أوبير) .

(٣) انظر نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠١ ص١٠٢٠ ، وقد جاء فيه أن الشرط الجزائى هو التزام تابع للالتزام الأصلى ، وأن القضاء بفسخ العقد المتضمن للشرط يترتب عليه عدم الاعتداد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، ومن ثم فإن عبء إثبات الضرر فى هذه الحالة يكون على عاتق الدائن .

بمقابل يظل معه الالتزام الأصلى عادياً لا يتحول إلى تخييرى ولا بدلى [1] . فما دام أن التنفيذ العينى للالتزام الأصلى ممكن فلا يستطيع أى من الطرفين أن يختار بدلاً منه التنفيذ بمقابل عن طريق دفع قيمة الشرط الجزائى . كما أن المدين – فى نفس الفرض – لا يمكنه أن يستبدل بالتنفيذ العينى دفع قيمة هذا التعويض الاتفاقى [2] .

٣- أنه مجرد تقدير جزافى للتعويض لا أكثر [3][4] . فهو وإن كان اتفاقاً يتعلق بالمسئولية ، إلا أنه ليس سببها [5]، ومن ثم يتعين توافر جميع

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢١١٨ ، والأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٣ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٥٢ .

(٢) وفى ذلك ، تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٥ « فليس للدائن أن يستأدى هذا الجزاء وليس للمدين أن يعرض أداءه ، مادام الوفاء العينى ممكناً ، ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائى ليس بمنزلة التزام بدلى أو تخييرى » مشار إليه فى : معوض عبدالتواب ص٤٥٦ .

(٣) وفى ذلك تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٣ : « ليس الشرط الجزائى فى جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أداؤه » ، مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٥٢ ؛ وانظر فى نظرة نقدية لقصر دور الشرط الجزائى فى ذلك ، وفى أن للشرط الجزائى وجه آخر ، عقابى ، دارسة دينيس مازو سابق الإشارة إليها .

(٤) لكن ذلك لا يخل بأن هذا التقدير الجزافى يؤدى دوراً مهماً فى الكثير من الأحيان كوسيلة للضغط على المدين حيث يمتثل عادة لتنفيذ التزامه ولا يتأخر فى ذلك خشية توقيع هذا الجزاء عليه . ومن هذه الزاوية يقترب الشرط الجزائى من الغرامة التهديدية ، ولذلك يسميه البعض فى هذا الفرض « الغرامة التهديدية الاتفاقية L'astreinte conventionnelle انظر ستارك بند ٢١١٤ .

(٥) فى هذا المعنى د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٨٧ . وانظر أيضاً الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٣ وقد جاء فيها : « ليس الشرط الجزائى فى جوهره إلا مجرد =

أركان هذه المسئولية من خطأ وضرر [1] وعلاقة سببية [2] . يضاف إليهـا شرط الإعذار الذى تقتضيه القواعد العامة كمقدمة لاستحقاق التعويض [3] . اللهم إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا – ولو ضمنيا – على الإعفـاء منـه [4] . على أن يلاحظ ما سبق أن أشرنا إليه من أن مجرد تضمين العقـد شـرطاً جزائياً لا يفيد بذاته معنى اتجاه إليه من أن مجرد تضمين العقد شرطاً جزائياً لا يفيد بذاته معنى اتجاه الطرفين الضمنية إلى الإعفاء من الإعذار . ولا تبدو من الخصوصية للشرط الجزائى إلا فيما يتعلق بعنصر الضرر : فإذا كانـت

= تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أداؤه ، فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد فى بعض الصور وقد يكوّن العمل غير المشـروع فى صور أخرى » ، مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٥٢ .

(١) فالضرر – كما تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٣ – « هو بذاتـه مناط تقدير الجزاء الواجب أداؤه » . مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٥٢ ؛ ومـن تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٨/١٢/٥ المجموعة س١٩ ص١٤٩٥ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص/٤٥٥ ؛ نقض ١٩٧٠/١/٣٠ المجموعة س١٢ ص٧٦٧ ومشـار إليه فى نفس المرجع ونفس الموضع .

(٢) ويترتب على ذلك بصفة خاصة ، أنه إذا كان المدين قد استحال عليه تنفيـذ التزامه لسبب أجنبى لا يد له فيه ، فإن الشرط الجزائى لا يمكن أن يطبق عليه . فى هذا المعنى ستارك بند ٢١١٦ ؛ ديبوا وجوديمييه ص٣٨٦ (وإن كانا يستدركان علـى ذلـك بالقول: اللهم إلا إذا فسر الشرط الجزائى في معنى أنه يتضمن من جانب المدين قصد أن يتحمل المسئولية عن الحوادث المفاجئة) . وفى نفس المعنى ، ونفس الاستدراك ، انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٣ ، مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٥٢ .

(٣) فى هذا المعنى ستارك بنـد ٢١١٧ ، وانظـر أيضـاً اسـتئناف جرينوبـل ١٩٦٧/٥/٢٩ (جـ .ك .ب . ١٩٦٨-٤-٣٢) .

(٤) انظر فى تطبيق لـذلك : نقـض فرنسـى ١٩٧١/١/٢٢ (جـــ .ك .ب . ١٩٧١-٤-٤٩) ، نقض فرنسى ١٩٦٩/٣/٧ (جـ .ك .ب ١٩٧٠-٢-١٦٤٦١ وتعليق بريبور) .

القواعد العامة فى المسئولية تستوجب توافر هذا العنصر ، وتوجب على الدائن الذى يطالب بالتعويض أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام والتأخر فيه قد ألحق به ضرراً ، فإن تدخل الشرط الجزائى ينقل عبء الإثبات ، إذ يفترض معه أن إخلال المدين بالتزامه قد ألحق بالدائن هذا الضرر ، حين يتعين على المدين إذا شاء التخلص من التعويض أن يثبت العكس [1] . (م٢٢٤ مدنى) [2] .

سلطة القاضى إزاء الشرط الجزائى [3]:

٩٤- قلنا أن الشرط الجزائى هو تقدير مسبق للتعويض ، الأمر الذى يستوجب أن تكون قيمته متناسبة مع الضرر ، وإلا كانت له وظيفة أخرى تتجاوز مجرد تقدير هذا التعويض .

---

(١) وتعبيراً عن هذا المعنى ، جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية أن « مؤدى حكم المادة ٢٢٤ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه متى وجد شرط جزائى في العقد ، فإن تحققه يجعل الضرر واقعاً فى تقدير المتعاقدين ، فلا يكلف الدائن بإثباته ، وإنّما يقع على المدين عبء إثبات أن الضرر لم يقع .. » . نقض ١٩٨٠/٢/١٣ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٠٠ ص٥٠٨ ؛ وفى نفس المعنى : نقض ١٩٦٧/١١/١٤ المجموعة ١٨-٢٥٣-١٦٧٦ ، ١٩٧٤/١٢/١٢ المجموعة ٢٥-٤٢٤-١٤٢٧ ، ١٩٧٣/١٢/١٨ المجموعة ٢٤-٢٢١-١٢٧٤ ، ١٩٧٣/٤/٢١ المجموعة ٢٤-١١٥-٦٤٩ . فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر فإن الشرط الجزائى لا يستحق . انظر فى تطبيق لذلك : نقض ١٩٧٥/١٢/٣١ المجموعة ٢٦-٣٢٨-١٧٥٧ .

(٢) ونصها (فى فقرتها الأولى ، يجرى على النحو التالى : « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحق أى ضرر » .

(٣) انظر فى هذا الموضوع :

ALFANDARI (E) : le controle des clause pénales par le juge j. c. p . 1971-1- avrl-2395 .

فإذا كان المبلغ المحدد به يفوق بكثير قدر الضرر ، كان هذا الشرط من قبيل التهديد المالى [1] وانسحب عليه حكمه [2] . وإن كان – على العكس – يقل بكثير عن قدر الضرر ، كان فى الواقع يخفى اتفاقاً على الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها ، ووجب إخضاعه لأحكام هذا الاتفاق .

واختلاف وظيفة الشرط الجزائى بحسب مدى تناسبه مع قدر الضرر تنعكس – فى الواقع – على سلطة القاضى إزاء هذا الشرط :

فالأصل : أن يحكم القاضى بالمبلغ الذى اتفق عليه الطرفان كشرط جزائى [3] مادام هذا المبلغ متناسباً مع الضرر ، ولا يجوز له – فى هذه

---

(١) فى هذا المعنى : كاربونييه بند ٧٨ ؛ نقض مصرى ١٩٥٥/٢/١٧ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٥٤ .

(٢) انظر نقض ١٩٥٥/٢/١٧ سابق الإشارة إليه ، وفيه انتهت إلى أن محكمة الموضوع « يكون لها » – فى هذه الحالة – « أن لا تعمل هذا الشرط وأن تقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة » . ونحن نعتقد أن الجزئية الأخيرة من الحكم مضللة ، فقد تفهم فى معنى أن قاضى الموضوع يتجاهل الشرط الجزائى كلية ويحكم فى الدعوى بالتعويض طبقاً للقواعد العامة بمعنى بما يساوى الضرر تماماً . حسين أن الحقيقة أن القاضى لا يكون له عندئذ إلا أن يزيل ما كان فى القيمة المتفق عليها من زيادة ضخمة على قدر الضرر ، وأن يهبط بها إلى ما يجعلها متناسبة معه .

(٣) وهذا الأصل ، كان قاعدة لا تقبل الاستثناء فى المادة ١١٥٢ من المجموعة المدنية الفرنسية التى كانت تقضى بأنه إذا اتفق على شرط جزائى لإخلال المدين بتنفيذ التزامه « فإنه لا يجوز أن يقضى بأزيد من ذلك ولا بأقل » . وكانت المحاكم من ثم تلتزم بهذه القاعدة [انظر مثلاً : نقض (عرائض) ١٩٣٣/٦/٢٦ د.أ. ١٩٣٣-٤٤٣ ؛ نقض (تجارى) ١٩٦٧/١١/٢ ر .ت ١٩٦٩ ص١١٦ وملاحظة شيفالييه] . كما رأى فيها الفقه تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين . وإن كان بعضه قد رأى أن الحل الأكثر عدالة هو جواز تخفيض هذا الشرط إذا كان مبالغاً فيه (فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لامور انديير بند ١٠٨ ؛ بوتييه ، أشار إليه شاباس مقال ١٩٧٦ ص ٢٣٠ عمود ١) . =

الحدود – أن يراجع تقدير الطرفين ، والفرض أنهما قد قصدا بالشرط الجزائي استبعاد سلطته التقديرية .

٩٥- غير أنه يجوز [1] للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالتين:

١- إذا أثبت المدين أن الالتزام قد نفذ في جزء منه [2] . ذلك لأنه – فضلاً عن اعتبارات العدالة – فإن الإعمال الصحيح لإرادة المتعاقدين ، والفرض أنهما قد حددا قيمة الشرط الجزائي ليواجه فرض عدم التنفيذ كلية ، يقتضي أن يخفض القاضي الشرط الجزائي ، وذلك بنسبة ما نفذ من الالتزام[3] (م ٢/٢٤٤) .

= ثم تدخل المشرع الفرنسي بقانون ٩ يولية ١٩٧٥ فأضاف إلى النص السابق فقرة ثانية تجيز للقاضي أن يتدخل في الشرط الجزائي بتخفيضه أو بزيادته ، إذا كان مبالغاً فيه بدرجة كبيرة ، أو زهيداً بشكل واضح . كما عدل بنفس القانون ، المادة ١٢٣١ ، بحيث أصبح يجوز للقاضي – في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام ، أن ينقص المبلغ المتفق عليه بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي . وأبطل ، في كل من النصين ، أي اتفاق مخالف لهما . .

(١) فسلطة القاضي في التدخل جوازية ، وذلك بصريح نص المادة ٢٢٤-٢ مدني مصري . ونفس الأمر أيضاً في القانون الفرنسي ، حتى بعد أن عدل المشرع المادة ١١٥٢-٢ مدني بقانون ٩ يولية ١٩٧٥ . انظر في هذا المعنى .

CHABAS (F) : La reforme de la clause pénale (L . No . 75-597 du 9 juill . 1975) . D 1976 – chr – 229 spéc p . 234 col . 1 .

بوكارا ، مقال (جـ .ك .ب) ١٩٧٥ سابق الإشارة بند ٣٣ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذه الحالة : نقض ١٩٧٠/١/٣٠ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٤٧٥ .

(٣) وفي تطبيقها للمادة ١٢٣١ (المقابلة للمادة ٢٢٤-٢ مدني مصري ، والتي تواجه نفس الفرض ، كما أنها أيضاً نص آمر) قضت محكمة النقض الفرنسية بأن محكمة الموضوع لا يمكنها أن تطبق هذه المادة ، إذا كان الطرفان بنفسيهما قد واجها =

٢- إذا أثبت المدين [١] أن تقدير التعويض فى الشرط الجزائى كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (م٢٢٤/٢) [٢] . فخرج الشرط بهذا الشكل عن

= تخفيض قيمة الشرط الجزائى بنسبة ما نفذ من الالتزام . نقض (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (د . ١٩٨١-٣٣٥ وتعليق شاباس) .

ونعتقد ، من جانبنا - أن هذا القول ، على إطلاقه ، محل نظر . فهو لا يصح ، فيما نعتقد ، إلا إذا كان التقدير الاتفاقى للتخفيض بما يتناسب فعلاً وما نفذ من الالتزام ، وإلا فإذا كان الباقى من قيمة الشرط الجزائى لا يزال - بالمقارنة بما تبقى من الالتزام لم ينفذ - مبالغاً فيه لدرجة كبيرة ، فإن للقاضى بناء على طلب المدين ، أن يتدخل لتخفيض الباقى من قيمة الشرط الجزائى بما يجعله متناسباً مع ما يصيب الدائن من ضرر نتيجة عدم تنفيذ الجزء الباقى من الالتزام .

(١) فى هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/٢/١٣ المجموعة ٣١-١٠٠-٥٠٨ ؛ ١٩٧٥/١٢/٣١ المجموعة ٢٦-٣٢٨-١٧٥٧ ؛ ١٩٧٣/٤/٢١ المجموعة ٢٤-١١٥-٦٤٩ .

(٢) أو على حد تعبير الأعمال التحضيرية « فادحاً بصورة بينة » ، مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٥٦ ، وقارن ، قولها فى موضع آخر ، وبصيغة تعميمية : « إذا كانت قيمة الضرر أقل من مقدار الجزاء المشروط ، وجب إنقاص هذا المقدار » . وقارن بهذا التعميم الأخير ، قضاء النقض ، وفيه تقصر سلطة القاضى فى التدخل بالتخفيض فى الشرط الجزائى فى حالة زيادة مقداره على الضرر ، على فرض ما إذا كانت هذه الزيادة تنطوى على مبالغة كبيرة : نقض ١٩٦٨/١٢/٥ ؛ نقض ١٩٧٠/١/٣٠ سابق الإشارة إليهما ، وانظر أيضاً : نقض ١٩٨٣/٣/١٠ وقد جاء فيه : « إذ كانت المادة ٢٢٤ من القانون المدنى قد أجازت للقاضى أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقى إذا أثبت المدين أنه كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وكانت الطاعنة قد تمسكت فى مذكرتها المقدمة إلى محكمة الاستئناف بأن مقدار التعويض الاتفاقى مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فإن الحكم إذا قضى بالتعويض الاتفاقى دون أن يعرض لهذا الدفع رغم أنه جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مشوباً بالقصور » . مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٥٥ .

وظيفته وأصبح من قبيل التهديد المالى ؛ فعندئذ يجوز للقاضى أن يعدل الشرط الجزائى ليعيد التناسب بين الضرر ومبلغ التعويض [1] . ولكن لا يصح له أن يلغى الشرط الجزائى كلية ، ويعطل بذلك اتفاق الطرفين ، بأن يحكم التعادل بين هذا وذاك ، فيجعل التعويض مساوياً تماماً للضرر [2] . وسلطة القاضى فى هذا الشأن تفرضها بنص آمر ، المادة ٢٢٤ مدنى ، بما يجعل كل اتفاق على ما يخالف ذلك باطلاً (م٢٢٤/٣) .

٩٦- وتجدر الإشارة فى هذا الموضع ، إلى أن المتعاقدين قد يعطيان للاتفاق الحقيقى على فوائد عن التأخر فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود، صيغة الشرط الجزائى . ولما كان القانون ، كما سنرى فيما بعد ، قد وضع حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٧% من أصل الدين ؛ فإن ما أسمى شرطاً جزائياً فى هذه الحالة ، لابد أن يخضع لهذا القيد [3] . ومن باب

---

(١) ومن تطبيقات القضاء الفرنسى لهذه الرخصة (بعد قانون ٩ يولية ١٩٧٥) : انظر : نقض فرنسى ١٩٨٣/٢/٩ (د . ١٧ مارس ١٩٨٣ Flasf D . رقم ١١) ؛ نقض (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (١٩٨١-٣٣٥ وتعليق شاباس) ؛ نقض (تجارى) : ١٩٧٩/١٠/٢ (د . ١٩٨٠- أ .ر- ٢٩) ؛ نقض ١٩٧٨/٤/٢٦ (د . ١٩٧٨-٣٤٩) ؛ نقض ١٩٧٨/١/٢٠ (د . ١٩٧٨-أ .د - ٢٢٩) .

(٢) ومن باب أولى ، يكون حكمه خاطئاً إذا هبط بقيمة الشرط الجزائى لما دون الضرر الذى أصاب الدائن . انظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٢/٢/٣ (د . ١٩٨٢ - أ .ر - ٢٤٠) .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٣/٣١ المجموعة ٢٩-١٦١-٨٢١؛ نقض ١٩٧٨/٣/٢١ المجموعة ٢٩-١٦١-١٢١ ؛ وفى القضاء الفرنسى : استئناف باريس ١٩٥٣/٥/٢٢ حكم غير منشور أشار إليه H. B . فى تعليق بـ(جـ .ك .ب ١٩٦٨-٢-١٥٣٣٤) ، محكمة جنح دانكرك ١٩٦٣/١/٢٥ =

أولى ، لا يستطيع الدائن أن يطالب – فوق ما اعتبر شرطاً جزائياً – بالفوائد القانونية عن المبالغ التى تأخر المدين فى سدادها [1] .

٩٧- أما إذا تبين على العكس ، أن إخلال المدين بالتزامه قد ألحق بالدائن ضرراً يفوق قيمة الشرط الجزائى المتفق عليه سلفاً ؛ فإن الأصل ، فى هذا الفرض ، أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بأكثر من هذه القيمة ؛ إذ يعتبر الشرط ، فى هذه الحالة ، فى حكم الاتفاق على التخفيف من مسئولية المدين العقدية ، ومثل هذا الاتفاق ، بل والاتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية كلية ، يقع من حيث الأصل صحيحاً .

لكن إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً أدى إلى مجاوزة الضرر الذى أصابه قيمة الشرط الجزائى ، جاز له – والفرض أن الاتفاق على التخفيف من المسئولية فى هذه الحالة يقع باطلاً – أن يطالب بزيادة هذه القيمة لما يجعلها تعادل الضرر الذى أصابه . وعلى ذلك صريح نص المادة ٢٢٥ مدنى .

٩٨- أما فى فرنسا ، فلم يشترط المشرع – فى التعديل الذى أدخله على المادة ١١٥٢ (بقانون ٩ يولية ١٩٧٥) – لإمكان زيادة الشرط الجزائى، أن يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً ، وإنما جعل للقاضى سلطة التدخل بهذه الزيادة إذا كان الشرط الجزائى زهيداً (أو تافهاً) بشكل واضح . وفى تفسير هذا التعديل يرى البعض أنه لا يكفى أن تكون قيمة الشرط الجزائى قليلة حتى يجوز للقاضى أن يتدخل بالزيادة ، بل ولا حتى

=(د . ١٩٦٣-س-٧٦) ؛ محكمة السين التجارية ١٩٦٧/١٠/٢٤ (جـ . ك .ب ١٩٦٨-٢-١٥٤٥٠) .

(١) فى هذا المعنى : ستارك ص ٦٢٨ هامش ٥٨ .

قليلة جداً، وإنما يلزم أن تكون شبه معدومة [1][2] .

المطلب الثالث

التعويض القانون (الفوائد)

Les intététs

نوعا الفوائد (الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية) :

٩٩- قد يكون محل التزام المدين دفع مبلغ من النقود ، ويتأخر في الوفاء بهذا الالتزام ، بما يجعله مخطئاً خطأ يجعل من حق الدائن أن يحصل على تعويض عنه . ولما كان هذا التعويض سيكون – بدوره – مبلغاً من النقود أيضاً ، فإن تحديده ، لذلك ، إنما يتم على أساس نسبة مئوية من المبلغ محل التزام المدين . وتعرف هذه النسبة في الاصطلاح بالفوائد . وتسمى هذه الأخيرة ، فى هذا الفرض ، وتعبيرا عن دورها التعويضى سابق الإشارة ، بفوائد التأخير (أو الفوائد التأخيرية) .

١٠٠- ويقابل هذا النوع من الفوائد ما يمكن أن نسميه بالفوائد الاستثمارية أو – كما أسمتها الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٦ « فائدة رأس المال »[3] . وهى بدورها نسبة مئوية من أصل دين نقدى ، ولكنها ، على

---

(١) انظر شاباس مقال (د ١٩٧٦) سابق الإشارة ص٢٣٤ عمود ٢ .

(٢) انظر فى تفاصيل التعديل الذى أدخله المشرع الفرنسى بقانون ٩ يولية ١٩٧٥ على أحكام الشرط الجزائى : شاباس ، المقال سابق الإشارة ؛ بوكارا مقال (جـ .ك .ب ١٩٧٥) سابق الإشارة ؛ وانظر ، من بين المحاولات التى مهدت لهذا التعديل ، محاولة :
BOCCARA (B) : La liquidation de la clause pénale et la querelle seculaire de l'article 1231 du code civil J .C .P . 1970-1- doct- 2294 .

(٣) مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٥٨ .

العكس تماماً من الأولى ، لا صلة لها بفكرة التعويض . فهى تمثل ، فى الواقع ، مقابلاً يرتضى المدين مقدماً أن يدفعه للدائن نظير انتفاعه ، وخلال أجل معين ، بمبلغ من النقود يكون فى ذمته لهذا الدائن أو – كما عبرت الأعمال التحضيرية – أنها تشترط « كمقابل فى معاوضة من المعاوضات »[1] . ومثالها الفوائد التى يلتزم المقترض بدفعها للمقرض لحين حلول الأجل المتفق عليه لسداد القرض ، أو الفوائد التى يلتزم المشترى – بثمن مؤجل – بدفعها للبائع ، ... وهكذا .

وواضح هنا أن انتفاع المدين بالأجل هو حق له ، مصدره الاتفاق ، بما يعنى أن موقفه حتى حلول هذا الأجل لا ينطوى على أى خطأ ، وأن ما يستحقه الدائن من فائدة ليس إلا مقابلاً لما منحه للمدين من أجل . بما يجعل – بالتالى – من غير الدقيق تسمية البعض لهذا النوع من الفوائد ، بالفوائد « التعويضية » [2] .

طريقتا تحديد الفوائد :

(أ) التحديد الاتفاقى .

١٠١– وبديهى أن يكون بإمكان الطرفين – أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة – أن يحددا باتفاقهما المسبق نسبة الفائدة التى تستحق للدائن ،

---

(١) مشار إليها فى المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٢) أطلق هذه التسمية على هذا النوع من الفوائد : د . عبدالرزاق السنهورى بند ٥٠٢ ؛ د . سمير تناغو بند ٣٠٨ ؛ ويسميها فائدة استثمارية : د . أنور سلطان بند ٧٨ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٣٢ ؛ ويسميها فوائد عوضية (أى عوضاً أو مقابلاً للأجل) : د . إسماعيل غانم بند ٥١ ؛ د . جمال زكي بند ٣٩١ / ويفضل تسميتها بـ « فوائد مقابل الانتفاع » د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٦١ ؛ ويفضل تسميتها بفائدة الاستثمار د . البدراوى بند ٦٧ .

تأخيرية هذه الفائدة أم استثمارية . غير أن خشية المغالاة فى التقدير قد دفعت المشرع – وكراهية منه للربا – إلى تحديد حد أقصى لا يجوز أن يتعداه تقدير الطرفين[1]، وهو نسبة ٧% من أصل الدين ؛ وإلا وجب تخفيض سعر الفائدة المتفق عليها إلى هذا الحد « ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » [2]، وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٢٧ مدنى . هذا النص الذى يعتبر – من حيث ما قضى به من جزاء – من أبرز تطبيقات نظرية انتقاص العقد (أو قصر البطلان) من حيث أنه لا يرتّب على مجاوزة هذا الحد الأقصى بطلان العقد بأكمله ، وإنما إنقاص الفوائد إلى الحد الجائز قانوناً .

وحيث إن نص المادة ٢٢٧ فيما قضى به من وجوب ردّ ما دفع زائداً على ٧% هو « مما يتصل بالنظام العام ، فإن حكم هذه المادة ينطبق بأثر فورى من تاريخ العمل بالتقنين المدنى الحالى (فى ١٩٤٩/١٠/١٥) ويسرى السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التى تستحق منذ نفاذ ذلك القانون » [3] .

هذا وإحكاماً للرقابة على عدم مجاوزة هذا الحد الأقصى ولو بشكل مستتر قضت الفقرة الثانية من نفس النص بأنه : « وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد

---

(١) وقد جاء فى الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٦ : « كان من أثر الإشفاق من معاطب الربا أن عمد التشريع فى أكثر الدول لا إلى تحديد سعر الفوائد التى تستحق عن التأخير فى الوفاء فحسب ، بل وكذلك إلى تحديد هذا السعر بالنسبة لسائر ضروب الفوائد .. » مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٥٨ .

(٢) ولمن يسترد هذه الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات . أنظر الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٧ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٦٧ .

(٣) نقض ١٩٦٣/٦/٧ المجموعة س١٤ ص٩٣٦ .

الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا يقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » [1] .

(ب) التحديد القانونى :

١٠٢- ويقصد به تحديد المشرع نفسه لسعر الفائدة التى قد تستحق للدائن.. وينحصر هذا الفرض فى فوائد التأخير وحدها ؛ إذ لا يعقل – إذا كان الدائن بنفسه لم يقبل الربا وارتضى من ثم أن يمنح المدين أجلاً للانتفاع بالمبلغ النقدى دون مقابل – أن يفرض المشرع على المدين هذا المقابل . ومن ثم فإن الفوائد الاستثمارية لا تكون دائماً إلا فوائد اتفاقية [2] .

وحتى فى خصوص فوائد التأخير ، فإن التحديد القانون لسعرها يفترض عدم وجود اتفاق بين الطرفين على تحديد هذا السعر ، وإلا طبق هذا الاتفاق مادام أنه لا يتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً وهو ٧% . بما يعنى أن هذا النوع من الفوائد قد يكون اتفاقياً وقد يكون قانونياً . هذا السعر

(١) أما إذا كان يقابلها خدمة حقيقة ، فإنه يجوز الجمع بينها والفائدة المتفق عليها، ولو زاد مجموعها على الحد الأقصى المقرر قانوناً للفائدة ، انظر فى هذا المعنى ، وفى تطبيق لهذا الفرض : نقض ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٥٦ ص١٣٤٥ .

(٢) أو – كما عبرت الأعمال التحضيرية – « فليس لفائدة رأس المال إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقى » . مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص ٤٥٨ . وانظر – مع ذلك – حكم نقض ١٩٦٦/٢/٢٢ المجموعة س١٧ ص٣٥٧ وقد جاء فيه : « إن كانت الفوائد التعويضية (يقصد الاستثمارية) على ما يبين من المادة ٢٢٧ من القانون المدنى ليس لها إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقى الذى يحدده الطرفان ، إلا أن ذلك لا يمنع من اعتبار السعر القانونى معبراً عن إرادتهما إذا لم يفصح الطرفان عن ذلك » . مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٤٦٩ .

القانونى حدده المشرع ، فى المادة ٢٢٦ مدنى بـ« أربعة فى المائة فى المسائل المدنية[١] وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية » [٢] .

وقد يثور فى الذهن تساؤل عن المبرر الذى يدعو المشرع إلى أن يحدد بنفسه نسبة ما يمكن أن يستحق للدائنين من فوائد التأخير [٣]، وعدم ترك هذا التحديد للقاضى الذى يرفع أمامه الدائن دعوى المطالبة بهذا النوع من الفوائد ، والفرض كما ذكرنا أنها لا تعدو أن تكون تعويضاً عن تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه .

الحقيقة – وكما أشار البعض – أن ذلك يرجع إلى خصوصية النقود من حيث تفاوت مدى إمكان الاستفادة منها تفاوتاً شديداً بين شخص وآخر ، وبالتالى تفاوت الضرر الذى يمكن أن يترتب على تأخير الوفاء بها من دائن لآخر . ولو أجيز لكل دائن أن يتمسك بالضرر الشخصى الذى أصابه من جراء هذا التأخير ، لأدى ذلك إلى تعقيدات يصعب على القضاء

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥٣/٦/٢٥ وفيه انتهت إلى أن سعر الفائدة كان يجب أن يكون ٤% وليس ٥% (وكان النزاع يتعلق بمبالغ محكوم على مصلحة الضرائب بردّها للممول) مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص ٤٦٢ .

(٢) على أن يلاحظ أن المشرع قد أباح للبنك المركزى أن يحدد سعر الفائدة التى تتعامل بها البنوك ، دون مراعاة لأية قيود تشريعية على هذه الأخيرة . أشار لذلك : د . برهام محمد عطا الله أساسيات نظرية الالتزام ١٩٨٢ ص١٥٠ .

(٣) وجاء فى الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٧ أنه : « وقد كان فى الوسع ترك أمر تحديد سعر الفوائد لتشريع خاص ، على غرار ما فعلت بعض التقنينات الأجنبية ، بيد أنه رؤى من الأنسب أن يبقى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قريب على إيكال هذا التحديد إلى نصوص التقنين ذاته » مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ص٥٨٢ .

حسمها [1] . فرأى المشرع أن يقيل عن القضاء عناء هذه التعقيدات ، فحدد بنفسه نسب هذه الفوائد .

١٠٣- ويجرى الفقه المصرى ، فى عمومه ، على رأى للدكتور السنهورى ، فى أن العبرة ، فى الصفة المدنية أو التجارية هى بالمدين [2]، لا بالدائن ولا بطبيعة العلاقة القانونية [3]،[4] .

وهذا الاتجاه الغالب يدعو إلى الدهشة فى حقيقة الأمر . ذلك أنه إذا كان ولابد من أن نحيد عن عبارة نص المادة ٢٢٦ ، ولا نفسر لفظة « المسائل » المدنية و« المسائل » التجارية الواردة فيه فى معنى طبيعة العلاقة القانونية ، فقد يكون الأكثر منطقية ، فى تقديرنا ، أن تكون العبرة فى هذا الشأن بالدائن، فذلك هو ما ينسجم وطبيعة الفوائد التأخيرية بحسبانها من قبيل التعويض . تلك الطبيعة التى أفصح عنها صريح هذا النص نفسه . ومن المسلم به أن التعويض إنما يقدر بقدر الضرر . والدائن التاجر يصيبه - عادة - من جراء تأخر حصوله على المبالغ النقدية ضرراً اكبر مما يصيب

(١) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ١٢ ؛ ستارك بند ٢٠٩١ ؛ وقرب د . الصده بند ٣٩ .

(٢) انظر : د . عبدالرزاق السنهورى بند ٥١٢ ؛ وفى نفس الاتجاه : د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ١١٦ ، ١٩٦١ بند ٦٤٥ ؛ د . عبدالباقى بند ٦٩ ؛ د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٩٣ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٣٥ ؛ د . سمير تناغو بند ٣٠٧ .

(٣) وانظر مع ذلك د . محمد كامل مرسى (العقود المسماة ١٩٤٩ ص٣٢٧) ، حيث يرى أن المعول عليه هو طبيعة العمل الذى استخدم فيه مبلغ الدين ، تجارياً أو مدنياً، بشرط علم الدائن به ؛ وإلا فيفترض فى الدين أنه تجارى مادام المدين تاجراً .

(٤) وظاهر عبارات بعض الشراح أنه يعول على طبيعة العلاقة القانونية ، انظر د . برهام عطا الله ص١٥٠ ؛ كما يبدو ذلك أيضاً من ظاهر حكم لمحكمة النقض المصرية وإن لم يقطع فى هذا المعنى : انظر نقض ١٩٧٩/٤/١٦ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٠٧ ص١١٨ .

– فى العادة – الدائن غير التاجر .

وقول بعض الشراح أن التحديد القانونى لسعر فوائد التأخير بالنسب سابقة الإشارة إنما هو من قبيل التقدير الجزافى الذى « خرج بـه المشـرع على القواعد العامة التى تقضى بأن يكون التعويض مساوياً للضرر » [1] هو قول يعوزه الدليل ؛ إذ المشرع لم يفصح – حقيقة – فى معنى هذا الخروج .

صحيح أن الميل إلى جانب المدين هو الـروح التـى تسـود أحكـام المجموعة المدنية فى مجموعها ، لكن هذا الاعتبار لا يكفى وحده لتخـريج حل يصطدم ومبدأ أساسى من المبادئ المسلم بها فى هذه المجموعة نفسها . وعلى أية حال ، فإنه يحسن لو أعاد المشرع صياغة هذه المادة لتكون أكثر وضوحاً فى المعنى الذى يقصده منها فى هذا الخصوص [2] .

القيود التى تحد من استحقاق الفوائد بنوعيها :

١٠٤– هذا ولم يكتف المشرع بحد أقصى يجب ألا يتجـاوزه سـعر الفائدة الاتفاقية بنوعيها (تأخيرية أو استثمارية) وهو ٧% . وإنما تمشياً مع اتجاهه فى التنكر للربا ، قد فرض على استحقاق الفوائـد قيـدين آخـرين ضمنهما المادة ٢٣٢ حين قضت بأن « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمـد الفوائد ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضها الـدائن أكبر من رأس المال » .

وهكذا حرم الشارع الربح المركب من ناحية ، وجعل أقصى ما يمكن

(١) د . عبدالودود يحيى بند ٣٥ .

(٢) هذا ولا يتناقض ما نقول به ، مع ما سبق أن أبديناه من مبرر تحديد المشـرع بنفسه لسعر فائدة التأخير الاتفاقية (حيث تفاوت الضرر الذى يمكـن أن يترتـب علـى التأخير من دائن لآخر) . إذ يمكن القول بأن المشرع قصد أن يحدد نسبة ٥% بالنسـبة لكل دائن تاجر ، ونسبة ٤ % بالنسبة لكل دائن غير تاجر .

أن يحصل عليه الدائن من فوائد – من ناحية أخرى – هو المبلغ الذى يعادل رأس ماله [1] . غير أن النص السابق قد استثنى من هذا الحظر بنوعيه ما تقضى به القواعد والعادات التجارية حيث يجوز – عندئذ – الربح المركب وزيادة مجموع الفوائد على رأس المال ، كما هو الحال – مثلاً – فى الحساب الجارى [2][3] .

---

(١) وتنظر محكمة النقض – بحق – إلى هذا الحكم بحسبانه متعلقاً بالنظام العام . انظر حكمها فى ١٩٧٤/٣/٢٨ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٩٧ ص٦٠٢ ؛ وحكمها فى ١٩٦٤/٣/٥ المجموعة س١٥ ص٢٨٠ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الاستثناء ، نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ المجموعة السنة ٢٧ رقم ١٥٣ ص٧٨٨ ، نقض ١٩٦٨/٣/٥ ، نقض ١٩٦٤/١٢/٣ ؛ نقض ١٩٦٤/٤/٢ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص ٤٧٧ .

وقد جاء فى حكم للنقض أنه :

« متى كان عقد البيع الذى أبرمه البنك مع المطعون عليه هو عقد مدنى بطبيعته ، فإن باقى ثمن الأطيان المبيعة المستحق للبنك يسرى عليه الحظر المنصوص عليه فى المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ولا يخضع للقواعد والعادات التجارية التى تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة الفوائد لرأس المال » . نقض ١٩٧٥/٢/٢٨ المجموعة س٢٦ ص٤١٧ ومشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٧٦ .

كما جاء فى حكم آخر لها أنه :

« لما كان الحساب الجارى – بما له من طابع شخصى – يُقفل بوفاة العميل وتزول عنه صفته ، مما لا يجوز معه طبقاً للمادة ٢٣٢ من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة عن رصيده إلا إذا ثبت وجود عادة تقضى بذلك وهو ما لم يثره الطاعن أمام محكمة الموضوع ، كما تسرى على الرصيد بعد ما أصبح ديناً عادياً محدد المقدار وحال الأداء ، الفوائد القانونية لا الفوائد الاتفاقية التى خلا العقد من الاتفاق على سريانها بعد قفل الحساب الجارى ، وهو ما استخلصته المحكمة من واقع الاتفاق فى حدود سلطتها الموضوعية ، لمّا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه يكون فى غير محله » . نقض ١٩٧٤/٥/١٣ المجموعة س٢٥ ص٨٦٧ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٧٧ .

(٣) « ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات فى مواعيد دورية ، كالأجرة ،=

والمقصود بالعادات التجارية التي تعنيها الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٢- وعلى ما يجري به حكم شهير لمحكمة النقض - : « هي ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من سنن وأوضاع في التعامل، فيكفي في العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لأحكام القانون » . وتطبيقاً لذلك قضت في هذا الحكم بأنه : « ولما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه في هذا الخصوص قد استدل على قيام عادة تجارية تجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال بقوله : « وحيث إن العادة التجارية تثبت بكافة طرق الإثبات وخير دليل عليها ما كان مستمداً من طبيعة العمل نفسه ومن خصائصه الكامنة فيه ، ولا مريّة في أن العادة قد جرت منذ نشوء الائتمان العقاري في مصر على اقتضاء فوائد تزيد على رأس المال في كل قرض عقاري ذي أجل طويل وهذه العادة مذكورة في المؤلفات الاقتصادية وفي كتب القانون على أنها من أبرز العادات التجارية التي تستمد كيانها من طبيعة العمل ذاته والمفروض أن المشرع كان يعلم بها علم اليقين حين عمل على حماية عادات التجارة بالاستثناء المنصوص عليه في عجز المادة ٢٣٢ - ولعل صورة هذه العادات بالذات كانت مقدمة الصور التي كانت بخاطره عندما وضع هذا الاستثناء » ، فإن

= والإيرادات الدائمة أو المرتبة مدى الحياة ، لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفني الدقيق، فيجوز تجميد الأجرة والإيرادات وما إليها .. فهي تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أو من التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الأداء » . الأعمال التحضيرية للمادة ٢٣٢ مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٧٤ .

هذا الذى قرره الحكم سائغ ولا عيب فيه[1] .

١٠٥- كذلك يقف – فى مادة البيع الجبرى – سريان الفوائد على المدين من تاريخ رسو المزاد وذلك إعمالاً لما تقضى به المادة ٢٣٠ من أنه « عند توزيع ثمن الشيء الذى بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها . على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء » .

ويهدف هذا القيد الأخير – كما ورد فى المذكرة الإيضاحية – إلى العدل بحقوق المدين من ناحية وإلى المساواة بين الدائنين فى مواجهة الراسى عليه المزاد من ناحية أخرى ، فلولا هذا القيد لتحمل المدين تبعة البطء فى إجراءات التوزيع بتراكم الفوائد عليه مع أنه غير مسئول عن هذا البطء . ولولاه أيضاً لأضير الدائنون العاديون أو المقيدون المتأخرون فى الترتيب بالنظر إلى أن استمرار سريان الفوائد عن حقوق الدائنين المقيدين السابقين فى الترتيب طيلة المدة التى تستغرقها إجراءات التوزيع سوف يترتب عليه أن تتضخم نسبة ما يستحقونه فى قسمة الغرماء للثمن الذى رسا به المزاد وذلك على حساب الدائنين العاديين أو التالين فى الترتيب ، الذين سوف تنقص – بالمقابلة – نسبة ما يستحقونه أو حتى لن يتبقى لهم شيء .

---

(١) نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ المجموعة س١٤ ص٩٤٦ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٧٥ .

شروط استحقاق فوائد التأخير :

مسالة أولية : استبعاد شرط إثبات الضرر [١]:

١٠٦- تفترض فوائد التأخير أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود وذلك بصرف النظر عن مصدره . فإذا ما تحقق هذا الفرض فإنه لا يشترط لاستحقاق هذه الفوائد ثبوت ضرر يلحق الدائن من جراء تأخر المدين في سداد هذا المبلغ . وعلى هذا يجرى صراحة نص المادة ٢٢٨ التى تقضى بأنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » [٢] . ويجد هذا الاستبعاد تبريره فى خصوصيات الالتزام بمبلغ من النقود حيث يفترض دائماً أن يصيب الدائن ضرر من جراء تأخر المدين في السداد ، إن لم يكن فى خسارة لحقته فعلى الأقل فى كسب ضاع عليه هو مقابل استثمار هذا المبلغ . غير أن افتراض الضرر فى فوائد التأخير الاتفاقية لا يجعلها - مع ذلك - مجرد تطبيق محض لفكرة الشرط الجزائى ، لأن افتراض الضرر فى هذا النظام الأخير افتراضا يقبل إثبات العكس حيث يكون بإمكان المدين أن يتحلل من دفع قيمة الشرط الجزائى إذا استطاع أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر من جراء التأخر فى تنفيذ الالتزام ، حين أن افتراض الضرر فى فوائد التأخير الاتفاقية

---

(١) وانظر فى معنى استبعاد شرط ثبوت خطأ المدين أيضاً ، الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٨ حيث جاء فيها : « مع أن فوائد التأخير ليست على وجه الإجمال إلا صورة من صور التعويض ، إلا أنها تستحق دون أن يلزم الدائن بإثبات خطأ المدين .. » ، مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص ٤٧٠ .

(٢) ويجرى على نفس النسق نص المادة ١١٥٣ فقرة ٢ مدنى فرنسى (المعدلة بقانون ٧ يناير ١٩٥٩) .

هو – بالمقابلة – افتراض لا يقبل إثبات العكس [1] .

١٠٧– فإذا ما كان استبعاد شرط إثبات الضرر على نحو ما تقدم ، فإنه يمكن بعد ذلك تلخيص شروط استحقاق فوائد التأخير وذلك على النحو التالى :

١– المطالبة القضائية بالفوائد :

١٠٨– تشترط المادة ٢٢٦ مدنى لاستحقاق الدائن لفوائد التأخير ، رفع دعوى للمطالبة القضائية بها . ولا تسرى هذه الفوائد إلا من تاريخ هذه المطالبة . وفى هذا الشرط خروج على القواعد العامة التى تجعل المدين مسئولاً عن التأخير من تاريخ اعذاره [2] . وينطلق هذا الخروج من كراهة

---

(١) فى هذا المعنى . د . السنهورى بند ٥٠٦ ؛ نقض ١٩٦٤/٦/١١ المجموعة س١٥ ص٨٢٨ .

(٢) ويخالف القانون المصرى فى هذا الشرط ، القانون المدنى الفرنسى الذى يجعل فوائد التأخير تسرى من يوم الإعذار (م١١٥٣–٣ معدلة بقانون ١١ يولية ١٩٧٥) . وانظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (د . ١٩٨١–٣٣٥ وتعليق شاباس) . ويرى بعض الشراح أن استلزام النص سابق الإشارة (قبل تعديله) رفع دعوى قضائية حتى تسرى الفوائد ، لم يكن له من مبرر انظر : ديبوا وجوديميه ص٣٩٠ .

وقد جاء فى الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٧ ، تعليقاً على جعل المشرع مبدأ سريان الفوائد من تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ الإعذار ، قولها : « وعلى هذا النحو ، فصل المشرع فى مسألة اشتد الخلاف بشأنها فى القضاء المصرى ، واختار حكماً يتجلىّ فيه أثر التنكر للربا . وتفريعاً على ذلك لا يبدأ سريان فوائد التأخر إذا كانت ورقة التكليف بالحضور باطلة أو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة » مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ص٥٨٢ .

المشرع لفكرة الربا [1] . ولا يكفي في هذا الشأن أن يطالب الدائن بأصل الدين ، أو بعبارة أخرى بتنفيذ الالتزام ، فالفوائد لا تسري إلا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات [2] .

ويتفرع على هذا الشرط أن فوائد التأخير لا تستحق للدائن إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة [3]، أو كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة غير مختصة [4]، أو كان قد اعترض سريان الخصومة ترك أو سقوط ، أو كانت قد انقضت بالتقادم . ذلك أن صحيفة الدعوى في هذه الأحوال وإن قامت مقام الإعذار ، إلا أن هذا الأخير – كما سبق أن ذكرنا – غير كاف لاستحقاق فوائد التأخير .

ويثور في الذهن تساؤل عن الحكم فيما لو كان الدائن لم يطلب في عريضة دعواه إلا أصل الدين وحده دون فوائده ، فهل يجوز له أن يطلب أثناء نظر الدعوى الفوائد بدءاً من وقت رفعها؟ . البعض في الفقه يجيز له ذلك [5]، فيما يستخلص من حكم لمحكمة النقض المصرية أنها لا تأخذ بوجهة النظر هذه ، فقد قضت في فرض تعديل المدعي لطلباته التي كان قد ضمنها صحيفة افتتاح الدعوى ، بأن الفوائد تسري من تاريخ رفع الدعوى بالنسبة للمبلغ المطالب به في صحيفة افتتاحها ، واعتباراً من تاريخ تعديل الطلبات

---

(١) أو – كما عبرت الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٦ « تمشياً مع النزوع إلى مناهضة الربا واستنكاره » ، مشار إليها في معوض عبدالتواب ص٤٥٨ .

(٢) انظر الأعمال التحضيرية المشار إليها في الهامش السابق . ومن تطبيقات القضاء لهذا الشرط ، انظر : نقض ١٩٦٤/١٢/٣ المجموعة س١٥ ص١٢٤٩ ومشار إليه أيضا في معوض عبدالتواب ص٤٦٥ .

(٣)،(٤) في هذا المعنى : الأعمال التحضيرية سابق الإشارة إليها .

(٥) في هذا المعنى : د . أحمد حشمت أبو ستيت بند ٦٠٨ .

فيها بالنسبة لما جاوز هذا المبلغ [1] . ونحن ننضم لوجهة النظرة الأخيرة ، بحسبانها أكثر تمشياً مع الروح العامة التى تسود ما وضعه المشرع من أحكام بخصوص الفوائد ، وهى كراهية الربا .

١٠٩- غير أن نص المادة ٢٢٦ سابقة الإشارة قد استثنى من شرط المطالبة القضائية بالفوائد ، فرض ما لو جرى تحديد تاريخ آخر لسريانها بموجب الاتفاق أو العرف التجارى أو نص القانون .

فيغلب أن يجرى الاتفاق الذى يحدد سعر الفائدة الاتفاقية على أن تستحق هذه الفوائد للدائن من وقت حلول أجل الوفاء بالالتزام . ويجرى العرف التجارى فى الحساب الجارى على استحقاق الفوائد من تاريخ الخصم أو الإضافة . كما أن هناك من النصوص التشريعية ما يحدد وقتاً آخر لسريان الفوائد التأخيرية ، كما هو الحال فيما تقضى به المادة ٣/٨٠٠ من أن يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع . وما تقضى به المادة ٤٥٨ ، من أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشىء المبيع وكان هذا الشىء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

٢- أن يكون مبلغ الدين الذى تستحق عنه الفوائد ، معلوم المقدار وقت الطلب :

١١٠- وليس يقصد بهذا الشرط - الذى يجرى عليه صراحة نص المادة ٢٢٦ مدنى - أن فوائد التأخير لا تسرى إلا إذا كان هذا الدين خالياً من النزاع وقت المطالبة القضائية . ولا يعقل أن يكون ذلك هو قصد

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٧٣ ص١٤١١ .

المشرع؛ لأن فهمه على هذا النحو يجعل سريان الفوائد رهناً بمحض مشيئة المدين [1]، الذى يكفيه للحيلولة دون سريانها أن ينازع فى هذا الدين ، ولو فى جزء منه [2] .

كذلك ، فإن من غير المنطقى أيضاً فهم هذا الشرط فى معنى أن الدين يكون معلوم المقدار وقت الطالب لمجرد أن الدائن حدد مبلغه فى صحيفة دعواه [3] . ففهمه على هذا النحو يجعل سريان الفوائد هذه المرة رهناً بمحض مشيئة الدائن [4] .

---

(١) فى هذا المعنى : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٤٠ ؛ د . إسماعيل غانم بند ٥٦ .

(٢) وتعبيراً عن هذا المعنى : جاء فى حكم لمحكمة النقض أن « المنازعة فى المبلغ المطالب به ، كله أو بعضه ، ليس من شأنها اعتبار المبلغ غير معلوم المقدار وقت الطلب . وإذ كانت منازعة الطاعنة فى استحقاق المبلغ المطالب به ، وطرح الأمر على لجنة فض المنازعات ، وندب خبير لتحديد المبلغ المستحق ، ليس من شأنها أن يكون المبلغ غير معلوم المقدار وقت الطلب ، فإن الحكم المطعون فيه ، إذ أسند تاريخ استحقاق الفوائد إلى يوم المطالبة القضائية ، ملتزماً فى ذلك حكم المادة ٢٢٦ .. لا يكون مخطئاً فى تطبيق القانون » . نقض ١٩٧٨/٦/٧ المجموعه السنة ٢٩ رقم ٢٧٣ ص١٤١١ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة ٢٧-٢٥٧-١٣٥٢ .

(٣) وقد فهمه الدكتور السنهورى ، على ما يبدو ، فى هذا المعنى ، واستخلص من ذلك أن هذا الشرط ليست له أهمية عملية لأن « الدائن يقدر حتماً عند المطالبة المبلغ الذى يطالب به » . انظر بند ٥٠٥ .

(٤) فى هذا المعنى د . سليمان مرقس ، ١٩٦١ بند ٦٤٠ ؛ وقد جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية أن التعويض المستحق للمالك مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة لا تستحق عنه الفوائد إلا من تاريخ الحكم النهائى . ولا يغير من ذلك « تقدير الجهة نازعة الملكية للتعويض » وعرضه على المالك ، طالما لم يقبل الأخير هذا التقدير . حكم ١٩٧٦/٦/٢٢ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٦٤ ص١٣٨٧ .

إنما يقصد به ، فى الحقيقة ، ضرورة أن تتوافر من الأسس لتحديد مقدار هذا الدين ما لا يبقى معه لقاضى الموضوع سلطة واسعة فى التقدير [1] . وهو ، على هذا النحو ، يكون شرطاً مفهوماً ومبرراً ؛ لأن من غير العادل ، فى الحقيقة ، أن يتحمل المدين تبعة ما يقتضيه التقدير القضائى لمقدار الدين – فى الحالات التى لا تتوافر فيها هذه الأسس – من وقت وإجراءات ، لا يد له بالفرض فيهما . حيث تقتضى العدالة فى هذه الحالة ، ألا تبدأ الفوائد فى السريان على عاتق المدين من يوم رفع الدعوى ، وإنما من يوم صدور الحكم فيها . هذا الحكم الذى يتحدد به مقدار الدين . ويكون ، من ثم ، من أبرز أمثلة الديون التى لا تسرى عنها الفوائد إلا من يوم صدور الحكم [2] لعدم معلومية مقدارها وقت الطلب ، على التحديد السابق ، ديون

---

(١) وقد استقر قضاء محكمة النقض على هذا المفهوم ، فقد جاء فى العديد من أحكامها أن « المقصود بمحل الالتزام معلوم المقدار هو – و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة ، لا يكون معها للقضاء سلطة فى تقديره » . انظر : نقض ١٩٧٩/٤/١٦ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٠٧ ص١١٨ ؛ ١٩٧٧/٢/٢٣ المجموعة ٢٨-٩٧-٥١١ ؛ ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة ٢٧-٢٥٧-١٣٥٢ ؛ ١٩٧٦/١٢/٣٠ المجموعة ٢٧-٣٤٠-١٨٥٧ ؛ ١٩٧٤/٢/٥ المجموعة ٢٥-٤٨-٢٨٥ ؛ ١٩٧٠/٤/٣٠ المجموعة ٢١-١٢٤-٧٦٧ .

(٢) بافتراض أن المضرور كان قد طالب بالفوائد أيضاً مع المطالبة بالتعويض . أما إذا لم يكن قد طالب بها ، فانه ، بعد صدور الحكم بالتعويض ، ومن ثم تحديد مقداره ، يستطيع أن يرفع بها دعوى جديدة ، حيث يستحق الفوائد عندئذ من تاريخ رفع هذه الدعوى الجديدة . فى هذا المعنى أيضاً : د . السنهورى بند ٥٠٥ ، د . البدراوى بند ٧٢ ، وقرب د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٤٠ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى ص١١٣ هامش ١ ، وقارن ، عكس ذلك ، وأن المضرور يستحق فوائد التأخير ليس من تاريخ رفع الدعوى الجديدة بالمطالبة بها ، وإنما من وقت الحكم فى الدعوى الأصلية (دعوى التعويض) ، وذلك تأسيساً على أن الإعفاء من الإعذار فى حالة ما إذا كان محل =

التعويض عن الضرر الذى يصيب الدائن من فعل غير مشروع، حيث السلطة الواسعة لقاضى الموضوع فى التقدير ، وعلى الأخص بالنظر لما يتعين عليه أن يضعه في اعتباره من الظروف الملابسة ، عند تقديره لهذا التعويض ، طبقاً لما تقضى به المادة ١٧٠ مدنى [(١)]،[(٢)] . وكذلك ، دين التعويض الذى يستحق للمالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة[(٣)] . وبالمقابلة ، فإن تحديد المبلغ الذى تنفذ به الوصية مثلاً ، إنما يقوم على أساس ثابت لا تقدير للقاضى فيه . ومن ثم تستحق عن هذا المبلغ فوائد

= الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (طبقاً للمادة ٢٢٠-ب) يتضمن الإعفاء من المطالبة القضائية بالفوائد ، وهى - أى المطالبة - ليست إلا إعذاراً من نوع خاص . د . إسماعيل غانم بند ٥٦ ص١٤٠ وهامش ٢ .

(١) بل يبدو من الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٦ ، أن المشرع كان يقصد بشرط معلومية المقدار وقت الطلب أن يمنع بالذات « سريان الفوائد عن المبالغ التى يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع » . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص٥٧٩ ، ص٥٨٠ .

(٢) ولما كانت المادة ٢/٧٠٩ تقضى بأن الاتفاق على أجر الوكالة - على خلاف تبرعيتها أصلاً - يكون خاضعاً لتقدير القاضى ، فقد استخلصت من ذلك محكمة النقض ، فى أحد أحكامها ، أن فوائد أتعاب المحامى المتفق عليها قبل تنفيذ الوكالة ، إنما تسرى من تاريخ الحكم النهائى بهذه الأتعاب ، حكم ١٩٧٤/٢/٥ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٤٨ ص٢٨٥ .

(٣) انظر نقض ١٩٦٤/٦/٢٩ المجموعة س١٥ ص٨٧٨ ، وقد جاء فيه :

« ولما كان ما يستحقه المالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة يعتبر تعويضاً عما ناله من الضرر بسبب حرمانه من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة . وهذا التعويض هو مما يكون للقاضى سلطة واسعة فى تقديره ، فإن تحديد المالك ما يطلبه فى صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى يقصده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائى فى الدعوى » ، ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٦٥ .

التأخير من وقت المطالبة القضائية به . حتى ولو كانت التركة « التى ينفذ الموصى به من ثلثها . غير معلومة المقدار على وجه قاطع » [1] .

كذلك ، قضى بأن : « الاحتجاج بأن المبالغ التى يقضى على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائى بردها (فحكمها هو حكم التعويض المقضى به عن عمل غير مشروع والذى لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملاً بالمادة ٢٢٦ مدنى) هذا الاحتجاج مردود بأنه اعتراض غير سديد وقياس مع الفارق ، ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع فى تقدير التعويض تخولها أن تدخل فى حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضى مما يغنى المدعى عن طلب فوائد التأخر عن مبلغ التعويض . فإذا كان التعويض عن عمل غير مشروع يعتبر تطبيقاً للمادة ٢٢٦ غير معلوم المقدار وقت الطلب بحيث لا تصحّ المطالبة بالفوائد القانونية عنه فالعلّة فى ذلك واضحة مما سبق

(١) انظر حكم نقض ١٩٦٢/٦/٢١ المجموعة السنة ١٣ رقم ١٢٤ ص٨٣٧ .

وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٧/٢/١٦ المجموعة س١٨ ص٧٠٦ وقد جاء فيه : « متى كان الإيداع الحاصل من الطاعن مشروطاً بعدم صرف المبلغ المودع إلى المطعون ضدهم قبل الفصل فى جميع المنازعات القائمة بينهم وبينه بشأن الوصية ، فإن الإيداع لا يبرئ ذمته من المبلغ المودع ولا يحول دون سريان الفوائد من تاريخ استحقاقها قانوناً ، إذ من شأن الشرط الذى اقترن به هذا الإيداع استحالة حصول المطعون ضدهم على ما يخصهم فى المبلغ المودع قبل الحكم نهائياً فى الدعوى التى رفعوها بطلب الموصى لهم به وبالتالى حرمانهم من الانتفاع به طوال نظرها أمام المحكمة ، ومن ثم يحق لهم طلب الفوائد عن المبلغ المقضى لهم به .

والمال الموصى به يستحق على التركة من تاريخ وفاء الموصى ، فيلتزم الوارث الذى يتأخر فى الوفاء به للموصى له بفوائد التأخير عنه من تاريخ المطالبة القضائية عملاً بالمادة ٢٢٦ من القانون المدنى » . ومشار إليه أيضاً فى : معوض عبدالتواب ص٤٦٥ .

بيانه . ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول ردّ ما أخذ منه بغير وجه حق، ذلك أن المطعون عليها حددت فى عريضة دعواها المبلغ الذى طالبت مصلحة الضرائب برده على أساس أنها حصلته منها بغير حق ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب » [1] .

كما قضى بأنه : « متى كانت المحكمة إذ قضت للمحامى بالمبلغ الذى قدرته له مقابل الأعمال التى باشرها لصالح موكله ، قد رفضت طلب الفوائد دون أن تورد أسباباً تبرر هذا الرفض ، فإن حكمها يكون مشوباً بعيب القصور ، ذلك أن الفوائد فى صورة الدعوى إنما هى تعويض قانونى عن التأخير فى الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التى كانت قائمة بين الطرفين ، وهى تستحق للوكيل من يوم إعلان صحيفة الدعوى » عملاً بالمادة ... ٢٢٦ من القانون المدنى الجديد [2] .

وقضى أيضاً بأنه يدخل فى نطاق المبلغ النقدى المعلوم المقدار وقت الطلب « مقابل الإجازة ، وبدل الإنذار ، ومكافأة نهاية الخدمة ، إذ هى محددة بمقتضى قانون عقد العمل الفردى وليس للقاضى سلطة تقديرية فى تحديدها وبالتالى فهى لا تعتبر فى حكم التعويض » [3] .

---

(١) نقض ١٩٥٣/٦/٢٥ ، فى الطعون أرقام : ٤٠٩ لسنة ٢١ ق ، ١١٢ لسنة ٢١ق ؛ مشار إليهما فى معوض عبدالتواب ص٤٥٩ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ .

(٢) نقض ١٩٥٥/٦/١٦ الطعنان رقما ٢١٨ ، ٢٦٧ لسنة ٢٢ق ، مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص ٤٦٤ .

(٣) نقض ١٩٦٤/١/٨ المجموعة س١٥ ص٣٨ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٦٥ ، وانظر أيضاً وفى نفس المجال : نقض ١٩٦٨/٣/٢٠ المجموعة س١٩ ص٥٥١ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٦٦ .

٣- أن يكون المدين قد تأخر فى سداد الدين الذى رفعت الدعوى للمطالبة به وبفوائده :

١١١- وتشترط المادة ٢٢٦ مدنى لسريان فوائد التأخير ، فضلاً عن ضرورة أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، أن يتأخر المدين فى الوفاء به . وهو شرط بديهى فى الحقيقة ، مادام أن فوائد التأخير لا تعدو أن تكون من قبيل التعويض ، الذى يفترض حتى يستحق ، خطأ ينسب إلى المدين . كل ما فى الأمر أن التأخير إذا كان يحسب على المدين فى القاعدة العامة من تاريخ إعذاره ، إلا أن الفوائد لا تستحق للدائن – على العكس – إلا من وقت لاحق ، وهو تاريخ المطالبة القضائية بها .

* * *

١١٢- فإذا كانت هذه الشروط جميعاً متوافرة فى النزاع المطروح على المحكمة ، فليس للمحكمة أن تقضى برفض طلب الفوائد [1] .

هل يمكن أن تستمر الفوائد الاستثمارية ، بعد حلول الأجل ، كفوائد تأخيرية ؟

١١٣- ويرى بعض الشراح أنه إذا ما حل الأجل الذى اشترطت

(١) انظر نقض ١٩٣٦/٣/١٩ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص ٤٥٩ . وقد جاء فيه :

« إذا قضت محكمة الاستئناف برفض طلب فوائد المبلغ الذى حكمت به للمدعية ولم تعلل هذا الرفض ولم يكن فى الأسباب الأخرى للحكم ما يمكن أن يستخلص منه ضمناً علة للرفض ، فإن هذا الحكم يكون معيباً من ناحية قصوره عن تسبيب هذا الجزء من منطوقه ويتعين نقضه فيما يتعلق بهذا الجزء » .

الفوائد الاستثمارية كمقابل لانتفاع المدين بالمبلغ النقدى خلاله ، ولم يسدد المدين هذا المبلغ للدائن ، فإن هذه الفوائد تتحول إلى فوائد تأخير ، وتستمر فى السريان، لحين السداد ، بنفس سعرها الذى كانت محددة به اتفاقاً.[1] فيما نرى ، مع البعض الآخر ، أن الفوائد الاستثمارية تتوقف عند حلول أجل الوفاء بالدين ، وأنه ما لم يوجد اتفاق مسبق على استمرارها كفائدة تأخيرية فلابد من المطالبة القضائية لكى تسرى هذه الأخيرة ، وبسعرها القانونى دون نظر إلى القدر الذى كانت الفائدة الاستثمارية قد تحددت به [2] .

الحالات التى يجوز فيها ، قانوناً ، عدم التقيد بحدود فوائد التأخير:

الحالة الأولى : سوء نية الدائن (وسلطة القاضى فى خفض الفوائد أو عدم القضاء بها) :

١١٤- ورد النص على هذا الاستثناء فى المادة ٢٢٩ مدنى حين قضت بأنه : « إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر » .

ويواجه هذا النص فرض ما لو بدا للدائن أن من مصلحته عدم وفاء المدين بالتزامه كى يستمر ، لأطول فترة ممكنة ، سريان الفوائد التأخيرية عليه . وهو ما يتصور عملا حين يكون سعر الفائدة فى السوق منخفضاً عن السعر الذى تسرى به الفوائد فى العلاقة فيما بينهما . فيعمد ، فى سبيل

---

(١) من هذا الرأى : د . السنهورى بند ٥٠٩ ، د . الصده بند ٣٦ ، د . أنور سلطان بند ٧٨ / د . البدراوى بند ٦٧ ، وقرب د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٩١ .

(٢) من هذا الرأى : د . أحمد حشمت أبو ستيت بند ٦٠٦ ، بلانيول وريبير ، أشار إليهما د . أنور سلطان ص ٨٦ هامش ٢ . وضمناً العمال التحضيرية للمادة ٢٢٧ .

ذلك ، إلى إطالة أمد النزاع . كأن يعمد إلى إنكار توقيعه على مخالصة صادرة منه عن جزء من الدين حتى يضطر المدين إلى إتباع إجراءات تحقيق الخطوط ، أو يلجأ إلى دفوع غير جدية .. الخ (١) . فإذا استطاع المدين إقامة الدليل على أن النزاع قد طال دون مبرر ، وأن الدائن كان سيء النية في ذلك ، جاز للقاضي أن يخفض الفوائد أو حتى ألا يقضي بها كلية ، وذلك فقط عن المدة التي طال فيها هذا النزاع (٢) .

وقضى – في هذا الشأن – بأنه « لا يكفي لإعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٢٩ .. وقوع خطأ من الدائن في مسلكه في الدفاع في الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيماً ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد ، ومن ثم فإن مجرد إبداء الدائن دفاعاً يخفق في إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سيء النية في إطالة أمد التقاضي ، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدي وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضي إضراراً بالمدين » (٣) .

وتجدر الإشارة إلى أن إعمال نص المادة ٢٢٩ سابق الذكر ، « لا يستلزم رفع خصومة إلى القضاء ، بل يكفي أن يلجأ الدائن في المطالبة بحقه إلى إجراءات لا طائل في بطئها » . على أنه – بالمقابلة – فإن « انتفاع

---

(١) وفي تطبيقها لهذا النص ، قضت محكمة النقض المصرية بأنه يكفي لجوء الدائن في المطالبة بحقه إلى إجراءات لا طائل من بطئها . انظر في تطبيق لذلك : حكم ١٩٧٣/٢/٨ المجموعة السنة ٢٤ رقم ٣٠ ص١٦١ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٤/١٠/٢٢ المجموعة س١٥ ص٩٨٧ .

(٣) نقض ١٩٦٩/٧/٣ المجموعة س٢٠ ص١١٠١ . وانظر من تطبيقات القضاء لحالة عدم ثبوت سوء نية الدائن : نقض ١٩٧٣/٢/٨ المجموعة س٢٤ ص١٦١ .

المدين بحكم هذه المادة مشروط بإقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن »[1] .

ويمكن فى الحقيقة تخريج الحكم المقرر بالمادة ٢٢٩ على أساس من فكرة الخطأ المشترك التى نصت عليها المادة ٢١٦ مدنى حين قضت بأنه : « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه ».

الحالة الثانية : سوء نية المدين (وحق الدائن فى المطالبة بتعويض تكميلى) :

١١٥- ورد النص على هذا الاستثناء فى المادة ٢٣١ التى قضت بأنه : « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد . إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية [2].

ويمكن أن نمثل لهذا الحالة بفرض ما لو كان المدين يعرف أن الدائن بصدد إبرام صفقة رابحة بالنسبة له ، يتوقف أمر إبرامها على حصوله على حقه من المدين ، فيعمد هذا الأخير إلى تأخير السداد قصد تفويت هذه الصفقة عليه ، فتفوت فعلاً ، فى هذه الحالة يكون لقاضى الموضوع أن يحكم بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد ، بالشكل الذى يراه كافياً لجبر هذا الضرر ، غير متقيد فى ذلك بالقواعد التى نصت عليها المادة ٢٢٦ ؛

---

(١) الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٩ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٧١ .

(٢) ويقابل هذا النص فى فرنسا المادة ١١٥٣-٤ مدنى . وإن كانت حرفية صياغتها تشترط أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن ، من سوء نية المدين ، ضرراً مستقلاً عن مجرد التأخير .

شريطة أن يثبت الدائن هذا الضرر وسوء النية من جانب المدين [1].

وقد جاء فى حكم للنقض – تطبيقاً للمادة ٢٣١ – أنه « يشترط للحكم بالتعويض التكميلى بالإضافة إلى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توافر أمرين ، أولهما حدوث ضرر استثنائى به لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر . وإذ كان الثابت أن الطاعنين لم يقدموا لمحكمة الموضوع الدليل على قيام هذين الأمرين ، كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لإثبات توافرها ، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يقض لهم بالتعويض التكميلى يكون صحيحاً

---

(١) وقد اشترطت محكمة النقض المصرية ، فى أحد أحكامها ، للقضاء للدائن بتعويض تكميلى إعمالا للمادة ٢٣١ ، وفضلاً عن سوء نية المدين ، أن يكون الضرر الذى أصابه استثنائيا . وفى تقديرنا أنها إذا كانت تقصد بهذه الصفة ضرورة أن تكون مجاوزة الضرر قيمة الفوائد مجاوزة صارخة ، فإنها تكون بذلك قد فرضت على النص قيداً لم يقل به المشرع .

أما القضاء الفرنسى فإنه يتوسع ، على العكس ، فى تطبيق المادة ١١٥٣-٤ ، ويفسر سوء نية المدين فى معنى واسع ، مشبهاً به خطؤه المتميز La Faute caractérisée (أشار لهذا الاتجاه ستارك بند ٢٠٩٦) . كما يؤكد الفقه الفرنسى ، بدوره أن سوء النية التى يتكلم عنها هذا النص لا تعنى بالضرورة قصد الإضرار بالدائن « فيكون سيئ النية من يرفض أن ينفذ التزامه حين يكون قادراً على ذلك » .

«être de mauvais foi, c'est refuser d'exécuter alors qui on est en mesure de la faire» J-MAZEAUD note D 1969 – 601 .

وبالمقابلة ، اشترط مجلس الدولة الفرنسى لتطبيق هذا النص على الإدارة ، أن يكون سوء النية فى جانبها مطرداً systématique انظر حكم فى ١٩٥١/٧/٢٨ (س١٩٥٢-٣-٢٥ دعوى ١ ؛ وتعليق ماتيو) .

في القانون » [1].

ويمكن تخريج هذا الحكم ، بدوره ، على أساس من أن حرمان الدائن من التعويض التكميلي في هذه الحالة إنما يعتبر بمثابة إعفاء للمدين من مسئوليته عن سوء نيته ، وهو أمر غير جائز [2][3].

---

(١) نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠ المجموعة س٢٧ ص١٨٥٧ .

(٢) في هذا المعنى أيضاً ، الأعمال التحضيرية للمادة ٢٣١ مشار إليها في معوض عبدالتواب ص٤٧٣ . وانظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦١/٦/٢١ المجموعة س١٢ ص٥٦١ .

(٣) ويرى هذا بعض الشراح الفرنسيين أن الزيادة التي يحكم بها القاضي في هذه الحالة لا تعد من قبيل الفوائد التأخيرية ، إنما هي تعوض حقيقي . انظر : ستارك بند ٢٠٩٥ .

الفصل الثالث
ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان[1]

تمهيد : فكرة الضمان العام – تقسيم :

١١٦– بعد أن اختفى تقريباً فى العصر الحديث نظام الإكراه البدنى أصبح لا يكفل حقوق الدائنين فى مواجهة مدينهم إلا أموال هذا المدين . ويقال تعبيراً عن هذا المعنى أن للدائنين ضماناً عاماً على جميع أموال مدينهم . وقد عبرت عن مبدأ هذا الضمان وأبرزت وجهى العمومية فيه المادة ٢٣٤ مدنى ، حين قضت بأن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان ، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون »[2].

---

(١) استخدمنا نفس العبارة التى عنون به المشرع للفصل الثالث من الباب الثانى الخاص بآثار الالتزام ، حيث عرض لكل من : الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البولصية ، ودعوى الصورية ، تحت عنوان وسائل التنفيذ ، وللحق فى الحبس كإحدى وسائل الضمان ، ثم للإعسار فى المواد ٢٤٩ وما بعدها دون تصنيف له ، رغم أن هذه العبارة قد لا تكون دقيقة تماماً ، كما سيتضح من دراسة هذا الموضوع .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا المبدأ : حكم نقض ١٩٧٣/١١/١١ المجموعة س٢٤ ص١٣٤٧ ، وقد جاء فيه :

« الأصل أن أموال المدين جميعها على ما جاء بنص المادة ٢٣٤ من القانون المدنى ضامنة للوفاء بديونه . وإذا كان ما ورد بالمادة الأولى من القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ من أنه « لا يجوز التنفيذ على الأراضى الزراعية التى يملكها المزارع إذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة ، فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ ، جاز اتخاذ الإجراءات على الزيادة وحدها » يعتبر استثناءً من هذا الضمان ، فإنه شأن كل =

ويتضح من هذا النص أن عمومية هذا الضمان لها وجهان : فهو ضمان عام فى معنى أول أنه يرد على جميع أموال المدين التى تكون فى ذمته وقت تنفيذ الدائن بحقه ، حتى ولو كان قد اكتسب هذه الأموال فى تاريخ لاحق لتاريخ نشأة حق الدائن . حين لا يستطيع هذا الأخير – بالمقابلة – أن ينفذ على مال كان ملوكاً للمدين وقت نشأة حقه ثم خرج من ذمته المالية بعد ذلك : إذ ليس للدائن العادى ما للدائن ذى التأمين الخاص ، من حق عينى على مال محدد للمدين يخوله تتبعه ، ومن ثم حق التنفيذ عليه ، تحت أى يد يكون .

=استثناء لا ينصرف إلا لمن تقرر لمصلحته وهو المدين . وإذ كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم ، وللدائن حق عينى يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث ، وكان حق الدائن فى ذلك أسبق من حق الوارث الذى لا يؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وحرم الدائن من اتخاذ إجراءات التنفيذ على أعيان التركة استناداً إلى أن للورثة بأشخاصهم إذا كانوا من الزراع أن يفيد كل منهم وقت التنفيذ على أموال التركة من الحماية المقررة بالقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بالنسبة إلى خمسة أفدنة ، فإنه يكون قد خالف القانون » . وانظر كذلك حكم نقض ١٩٧٤/٣/١٤ المجموعة س٢٥ ص٣٣١ ، وقد جاء فيه : « مفاد نص المادة . . من لائحة المزايدات والمناقصات ..... أن حق جهة الإدارة الذى ينشأ عن استعمال سلطتها فى التنفيذ المباشر على حساب المتعاقد المتخلف أو المقصر فى التزامه المترتب على العقد الإدارى – هذا الحق – يخولها احتجاز ما يوجد بمحل العمل من المنشآت والآلات والأدوات وما هو مستحق للمقاول لدى أية جهة حكومية .... وإذ ترتبط هذه الحقوق المقررة لجهة الإدارة بأحكام العقد الإدارى ، فلا شأن لها بوسائل التنفيذ والضمان المقررة فى القانون المدنى .... والتى تجعل أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ومحلاً للتنفيذ بحقوق الدائنين » .

مشار لهذا الأحكام أيضاً فى معوض عبدالتواب ص ٤٧٨ ، ٤٧٩ .

وهو ضمان عام في معنى ثان : أن جميع الدائنين متساوون فيـه ، لا يتقدم دائن على آخر ولو كان تاريخ نشأة حقه أو تاريخ استحقاقه سابقاً على ما لغيره من حق في ذمة المدين ، بحيث إذا لم تكف أموال المـدين للوفـاء بحقوق الدائنين جميعاً ، اقتسموا ما في ذمته من أموال كل بنسبة حقه . اللهم إلا إذا كان لأحدهم حق التقدم طبقاً للقانون ، بمقتضى ما لـه مـن تـأمين خاص ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، يكفل له أولوية على سائر الدائنين الآخرين.

ويستخلص مما تقدم ، وبخاصة من حيث ما أشرنا إليه من أن ضمان الدائن يرد على ذمة المدين المالية وقت التنفيذ ، أن هذا الضمان يمكـن أن يتأثر تبعاً لأثر تصرفات المدين : فيزيد قوة أو ضعفاً حسبما يترتب على هذه التصرفات من زيادة أموال المدين أو نقصها.

ولما كان يخشى أن ينظم (أو يدبر) المدين إعساره ، حقيقة كان هذا الإعسار أو ظاهرياً ، أو يتسبب فيه ، على الأقل ، بإهماله ، بما يترتب على هذا أو ذاك من إضرار بالضمان العام للدائنين ، يكون من المفهوم أن يخول القانون هؤلاء الدائنين من الوسائل ما يمكنهم من وقاية ضمانهم من الخطر . وتتمثل هذه الوسائل في : الدعوى غير المباشرة ، والـدعوى البولصـية ، ودعوى الصورية ، وشهر الإعسار . وإلى جانب هـذه الوسـائل ، نظـم المشرع وسيلة خامسة . لا يقصد بها في الحقيقة المحافظة على الضمان العام للدائنين جميعاً ، وإنما هي تكفل لدائن ، في ظروف معينة ، ما يمكنـه مـن الضغط على المدين لحثه على أن يفي له بحقه . وتعرف هذه الوسيلة بالحق في الحبس.

ونعالج هذه الوسائل جميعاً ، كل في مبحث على حدة ، علـى النحـو التالي:

المبحث الأول
الدعوى غير المباشرة
L'action oblique

المقصود بها [1]:

١١٧- إذا كان تصرف المدين الإيجابى الذى يخرج به أموالاً من ذمته المالية يؤثر فى ضمان الدائن ولا شك ، فإن مجرد إهماله فى اقتضاء بعض حقوقه إنما يكون له نفس الأثر بالنسبة لهذا الدائن . الأمر الذى يجعل له مصلحة مشروعة فى أن يسعى من جانبه إلى استعمال حقوق هذا المدين بالنيابة عنه ، وباسم هذا المدين [2].

١١٨- وتختلف الوسائل التى يلجأ إليها الدائن فى هذا الشأن تبعاً لنوع

---

(١) راجع فى أصل هذه الدعوى : جوجلار (دروس ماوز) بند ٩٥٨ .

(٢) وفى هذا المعنى ، جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية أنه يجب رفع الدعوى غير المباشرة باسم المدين ، ليكون المحكوم به حقاً له ، ويدخل فى عموم أمواله ضماناً لجميع دائنيه . نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص٨٤٤ ؛ وانظر فى نفس المعنى : نقض ١٩٧٢/١/٢٠ المجموعة ٢٣-١٦-١٠١ .

وعلى ذلك « فإذا هو – أى الدائن – لم يرفعها بوصفه دائناً وإنما رفعها استعمالاً لحق مباشر له ، وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، فإنها تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته » . نقض ١٩٧٥/٤/١ المجموعة س٢٦ ص٨٤٤ . وقد انتهت من ذلك إلى القول : « وإذ كان الثابت أن الطاعن أقام الدعوى بطلبه الحكم بإلزام المطعون عليه الأول – واضع اليد – وورثة البائع ، بتسليمه هو الأطيان التى اشتراها بعقد عرفى وماكينة الرى القائمة عليها ، ولم يطلب الحكم بالتسليم لمصلحة مدينه البائع حتى تبحث المحكمة النزاع على الملكية – الذى أثاره المطعون عليه الأول – على هذا الأساس ؛ ولما كان الحكم المطعون فيه قد فصل فى الدعوى على أساس أنها دعوى مباشرة فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون »

المصلحة التى يراد الحفاظ عليها للمدين . فقد يقوم الدائن باتخاذ إجراء معين لمصلحة المدين : كأن يقطع تقادماً ما يسرى فى مواجهة هـذا الأخيـر أو يسجل له عقداً اشترى به عقاراً.. . الخ ، وقد يلجأ – وهذه هـى الصـورة الغالبة – إلى رفع دعوى نيابة عن مدينه على مدين المدين (كأن يرفع دائن البائع دعوى على المشترى يطالبه فيها بدفع الثمن) ، ومن هنـاك كانـت تسمية هذه الوسائل ، التى يدرأ بها الدائن آثار إهمال مدينه ، بالدعوى غيـر المباشرة أخذاً بالأعم الأغلب.

شروطها :

١١٩– حددت هذه الشروط المادة ٢٣٥ مدنى حين قضت بأن « لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجـز . ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبـت أن المـدين لـم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار . ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً فى الدعوى » .

ويتضح من هذا النص أن بعض شروط هذه الدعوى يتعلق بالـدائن ، وبعضها الآخر يتعلق بالمدين . فيما يتعلق الـبعض الثالـث بـالحق الـذى يستعمله الدائن باسم مدينه . وذلك على التفصيل التالى :

أولاً – الشروط التى تتعلق بالدائن :

١٢٠– لا يشترط فى حق الدائن سوى أن يكون محققاً أو بتعبير آخر مؤكداً . حتى ولو كان هذا الحق غير معين المقدار (كحق المضرور فـى

التعويض عن الفعل غير المشروع) أو كان غير مستحق الأداء [1] كما لو كان مضافاً إلى أجل واقف.

كذلك لا يشترط – من ناحية أخرى – أن يكون بيد الدائن سند تنفيذى [2] لأن هذه الدعوى ليست من إجراءات التنفيذ . ولا أن يكون حقه سابقاً على حق المدين الذى يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة ، لأن الضمان العام – كما سبق أن ذكرنا – إنما يرد على جميع أموال المدين وقت التنفيذ .

ولا يشترط – ونيابة الدائن عن مدينه إنما يستمدها من القانون مباشرة – أن يحصل الدائن على إذن من القضاء باستعمال حقوق المدين .

وأخيراً ، فإنه لا يشترط لقبول هذه الدعوى أن يكون الدائن قد

---

(١) وعلى العكس من المادة ٢٣٥ ، لم يتضمن نص المادة ١١٦٦ مدنى فرنسى إشارة صريحة إلى عدم ضرورة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . لذلك يكاد ينعقد الإجماع فى الفقه والقضاء الفرنسيين على لزوم هذا الشرط ، حتى يمكن للدائن مباشرة هذه الدعوى . انظر فى هذا الاتجاه : مارتى ورينو بند ٦٨٨ ، جوسران بند ٦٦٩ ، كاربونييه بند ١٤١ . ديبوا وجوديميه ص ٤٠٢ ، ستارك بند ٢٥٦٣ ، وعكس ذلك : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٢٥٤ (انظر عرض لحجج الرأى الراجح والرد عليها فى نفس البند من هؤلاء المؤلفين) ، جوجلار (دروس مازو) بند ٩٦٩ حيث يرى كفاية أن يصبح حق الدائن مستحق الأداء خلال الفصل فى الدعوى غير المباشرة التى يرفعها .

وفى القضاء : نقض (عرائض) ١٩٢٤/٣/٢٥ (د . أ ١٩٢٤-٢٨٢) ، محكمة السين المدنية ١٩٣٦/١٠/٢٦ (د . أ ١٩٣٦-٥٦٤) .

(٢) انظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض (عرائض) ١٩٠١/٧/٨ (س ١٩٠٢-١-١١٣ وتعليق ليون – كين) ، استئناف ليون ١٩٥٧/١٢/٢ (ر .ت ١٩٥٨ ص٢٦٢ وملاحظات هنرى وليون مازو) .

سبق أن أعذر مدينه مطالباً إياه بأن يستعمل ما له من حق في مواجهة مدينه ، وإلا استعمله هو بالنيابة عنه . وعلى الإعفاء من هذا الإجراء صراحة النص السابق . وهو إعفاء مفهوم في الحقيقة ، لاختلاف الهدف من الإعذار عن الهدف الذي يقصد إليه الدائن بمباشرة هذه الدعوى [1].

إنما لا يكفي – بالمقابلة – أن يكون حق الدائن مجرد احتمالي ، ومن ثم فإننا نرى مع البعض [2]، وخلافاً للرأي الراجح [3]، أن الدائن صاحب الحق المعلق على شرط واقف [4]– وحقه حق محتمل طالما أن نشأته معلقة على واقعة مستقبلة ، احتمالية ، قد تتحقق وقد لا تتحقق – لا يستطيع أن يستعمل الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه .

صحيح أن المادة ٢٦٨ مدني تجيز للدائن ذي الحق المعلق على شرط واقف ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه . لكن الدعوى غير

---

(١) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموراندبير بند ٢٥٤ ، وانظر في معنى عدم ضرورة هذا الإجراء أيضاً : مارتي ورينو بند ٦٨٨ ، جوسران بند ٦٧٠ .

(٢) د . محمود جمال الدين زكي ، بند ٤٠٠ وبديهي أن الفقه الفرنسي الذي يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، يشترط من باب أولى أن يكون مؤكداً ، ولا يكفي أن يكون معلقاً على شرط واقف .

(٣) من هذا الرأي ، د . السنهوري بند ٥٣٠ ، د . أحمد حشمت أبو ستيت بند ٦٢٧ ، د . أنور سلطان بند ٩٣ ، د . سليمان مرقس بند ٦٦٤ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٧٩ ، د . الصده بند ٥٠ ، د . عبدالمنعم البدراوي بند ١٠٣ ، د . جميل الشرقاوي بند ٢٨ ، د . عبدالوجود يحيى بند ٤٤ ، د . إسماعيل غانم بند ٦٢ (رغم أنه يعبر في البند ١٤٥ عن مركز الدائن في فترة التعليق بأن له حقاً محتملاً) .

(٤) أما الدائن صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، وحقه مؤكد خلال فترة التعليق ، فإن بإمكانه خلال هذه الفترة أن يستعمل هذه الدعوى .

المباشرة هى أكثر من مجرد إجراء تحفظى [1] . هذا إلى أن هذه الدعوى من الإجراءات الاستثنائية ، والنصوص الاستثنائية لا يجوز التوسع فى تفسيرها.

ثانياً : الشروط التى تتعلق بالمدين :

١٢١- يشترط - من ناحية - أن يكون المدين مهملاً فى استعمال حقوقه ، وأن يكون هذا الإهمال ، من ناحية أخرى ، من شأنه أن يؤدى إلى إعساره أو إلى الزيادة فى هذا الإعسار . فبهذين الشرطين يمكن ، بالفعل ، أن تكون للدائن مصلحة مشروعة تبرر تدخله فى شئون مدينه.

(أ) إهمال المدين [2]:

١٢٢- إذا لم يكن المدين مهملاً ، بل حتى لو كان كذلك ثم نشط إلى استعمال حقه ، بعد أن يكون الدائن قد رفع الدعوى ، لا يحق لهذا الدائن فى الفرض الأول أن يرفع الدعوى نيابة عنه ، ووجب عليه فى الفرض الثانى أن يمتنع عن السير فيها . وإن جاز له أن يبقى خصماً ثالثاً ليراقب دفاع مدينه مخافة تواطؤ محتمل بينه وبين مدين مدينه إضراراً به [3].

ولما كان الإهمال على خلاف الأصل ، كان على الدائن عبء إثباته . حين يكفيه لذلك أن يثبت أن المدين لم يستعمل حقاً كان ينبغى أن يستعمله . ولا يهم فى هذا الشأن أن يكون عدم الاستعمال هذا عن مجرد إهمال من

---

(١) فى هذا المعنى ستارك بند ٢٥٦٣ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الشرط : نقض فرنسى ١٩٥١/٦/١١ (د . ١٩٥١-٥٨٦) ، نقض (تجارى) فرنسى ١٩٥٦/٣/٧ (ج . ك . ب ١٩٥٦-٢-٩٣٧٤) .

(٣) فى هذا المعنى نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص١١٣٥ .

المدين أم كان بسوء نية من جانبه.

وفي تبرير ذلك تقول محكمة النقض ، في أحد أحكامها : « وإذن فلا يصح أن يضار الدائن بسكوت المدين عن الدفاع عن حقه هو أو بتواطئه مع الغير على إهداره . فإذا ما باشر الدائن المطالبة بحق مدينه أو الدفاع عنه وجب على المحكمة أن تعتبره مدافعاً عن حق لا يتأثر بسلوك المدين حياله ، ووجب عليها أن تفصل في أمره استقلالاً..... . ولا يصلح رداً على ذلك قول المحكمة أنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه » (١).

(ب) إعسار المدين بسبب هذا الإهمال أو زيادة إعساره (٢):

١٢٣- قد يكون المدين موسراً رغم إهماله ، وعندئذ لا يكون للدائن من مصلحة في التدخل في شئونه . إنما تبرز هذه المصلحة على العكس إذا ترتب على هذا الإهمال إعسار المدين أو زيادة إعساره.

والعبرة هنا بمجرد الإعسار الفعلي الذي يتحقق حين تعجز أموال المدين عن الوفاء بجميع ديونه ، ما كان منها مستحق الأداء وما لم يستحق بعد ، إذ للدائن مصلحة مشروعة في اللجوء إلى هذه الدعوى حتى ولو كانت أموال المدين تكفي لوفاء ديونه الحالة وحدها.

ويكفي لإثبات إعسار المدين – قياساً على ما ورد النص عليه في خصوص الدعوى البولصية – أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمته من ديون حين يكون على المدين نفسه أن يثبت أن أمواله تكفي للوفاء بتلك الديون.

---

(١) نقض ١٩٤٥/٥/٣ في الطعن رقم ٩٩ لسنة ١٤ق مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٤٨٤ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الشرط : نقض ١٩٥١/٦/١١ ، ١٩٥٦/٣/٧ سابقي الإشارة .

(جـ) إدخال المدين خصماً فى الدعوى [1][2]:

١٢٤- وهو شرط استحدثه التقنين المدنى الحالى واستغنى به عن شرط إعذار المدين . وهو فى الواقع تقنين لما جرت عليه العادة فى ظل القانون الملغى من أن يقوم الخصم بإدخال المدين فى الدعوى [3] إذا لم يكن الدائن قد أدخله فيها ، وذلك ليكون الحكم الذى يصدر فيها سارياً فى حقه ، أو بعبارة أخرى حجة فى مواجهته [4].

ثالثاً - الشروط التى ترجع إلى الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه :

١٢٥- لما كانت الدعوى غير المباشرة إنما تهدف إلى الحفاظ على الضمان العام للدائنين الذى يرد على ذمة المدين المالية ، وذلك توطئة للتنفيذ عليها ، وكان لا يصح من ناحية أخرى - والتدخل فى شئون المدين يعد خروجاً على الأصل - أن يصل هذا التدخل إلى حد إعدام حرية المدين فى

---

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٧/٥/٤ سابق الإشارة إليه .

(٢) والقضاء الفرنسى لا يستلزم هذا الشرط . حيث لا نص عليه : انظر ، محكمة فاليتس الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٦٠/١٢/١٤ (د . ١٩٦٠-٦١٩ وتعليق جوريه) . وانظر فى لزوم هذا الإجراء حين يضمن الدائن (المدعى) دعواه طلباً بالمبالغ المستحقة له فى مواجهة المدين الأصلى ، حيث أن الدائن هنا يقاضى ليس بالنيابة عن مدينه وإنما ضده : نقض فرنسى ١٩٧٠/٥/٢٧ (جـ .ك .ب . ١٩٧١-٢-١٦٦٧٥ وتعليق : بولان) . وانظر فى نفس المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٧٢ ، ستارك بند ٢٥٦٢ .

(٣) ويجرى العمل على ذلك فى فرنسا أيضاً ، أشار لذلك : جوجلار بند ٩٧٢ ، ومن تطبيقات القضاء انظر نقض فرنسى ١٩٧٠/٥/٢٧ سابق الإشارة .

(٤) فى هذا المعنى : ديبوا وجوديميه ص٤٠٣ : كما يضيف البعض أن المدين - بذلك - لا يستطيع أن يزعم فيما بعد بأن حقوقه كانت قد أسئ الدفاع عنها ، انظر مارتى ورينو بند ٦٨٨ .

إدارة أمواله ، كان من الطبيعى أن يكون نطاق الدعوى غير المباشرة محصوراً . فإذا كان الأصل أن من حق الدائن أن يستعمل جميع حقوق مدينه ، إلا أنه يستثنى من هذه الحقوق ما يأتى:

١- الحقوق غير القابلة للحجز والتى تخرج بالتالى عن الضمان العام (كالحق فى النفقة على سبيل المثال) . وذلك استثناء بدهى إذ لا مصلحة للدائن فى استعمال هذا النوع من الحقوق نيابة عن مدينه والفرض أنها إذا آلت إلى هذا الأخير فإن الدائن لن يستطيع مع ذلك التنفيذ عليها.

٢- الحقوق غير المالية ، حتى ولو كانت تؤثر فى الذمة المالية للمدين بشكل غير مباشر كحق هذا الأخير فى طلاق زوجته مهما كانت النتائج المالية التى تترتب على هذا الطلاق ، كانقطاع التزام المدين بالنفقة الزوجية مثلاً.

٣- كذلك يخرج من نطاق الدعوى غير المباشرة الحقوق والدعاوى المالية التى تتأسس على اعتبارات أدبية يستقل المدين بتقديرها [1] . أو بتعبير آخر تكون متصلة بشخصه خاصة . كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة ، وحق المدين فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى [2].

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض فرنسى ١٩٦٣/٦/٨ (جـ .ك .ب ١٩٦٥-١٤٠٨٧ وتعليق سافاتييه) . (د . ١٩٦٤-٧١٣ وتعليق لامان) . نقض ١٩٤٨/٦/٢٩ (د . ١٩٤٩-٢٢٩ وتعليق بونسار) .

(٢) وتنظر محكمة النقض ، للحق فى الإجارة على أنه ليس من الحقوق المتصلة بشخص المستأجر خاصة وأنه حق مالى يجوز التصرف فيه والحجز عليه . وقد رتبت على ذلك أنه « يجوز لدائن المستأجر أن يستعمل هذا الحق نيابة عنه طبقا لما تقضى به المادة ٢٣٥ من القانون المدنى » . انظر نقض ١٩٧٢/٥/١٠ المجموعة س٢٣ ص٨٣٥ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٨١ ، ٤٨٢ .

٤- ولا يجوز - كما سبق أن ذكرنا - أن يكون من شأن هذه الدعوى أن تسلب المدين كل حرية فى التقدير « وفى تصريف شئونه » [(١)] . ولذلك يقال - عادة - بأن الدائن لا يستطيع أن يستعمل ما للمدين من رخص [(٢)] (والرخصة هى الحق الذى يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة من جانب الشخص) كأن يقبل هبة نيابة عن المدين أو أن يطلب الشفعة باسمه . ولا يستثنى من ذلك سوى رخصة التمسك بالتقادم المسقط أو المكسب حيث أجاز المشرع فى المادتين ٣٨٧ ، ٩٧٣ للدائن أن يتمسك بهما نيابة عن المدين.

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقاً حتى ولو كان ثبوت هذا الحق نهائياً فى ذمة المدين يتوقف على إرادة هذا الأخير ومشيئته ، وهو ما يسمى بالخيارات ، كحق الموصى له فى قبول الوصية أو ردها ، جاز للدائن أن يستعمل هذا الحق نيابة عن مدينه [(٣)] فيقبل الوصية فى المثال السابق اللهم إلا إذا كان الأمر يتعلق باعتبارات أدبية خاصة يستقل المدين بتقديرها فيكون القبول عندئذ من الحقوق المتصلة بشخصه خاصة ، فلا يجوز للدائن أن يستعمله نيابة عنه.

* * *

١٢٦- وقد اختلف الرأى ، فى البداية ، فيما إذا كان يجوز للدائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة للطعن على العقد الذى أبرمه مدينه ، بالإبطال . لكن الرأى بدأ يستقر فى اتجاه جواز

---

(١) نقض ١٩٧٧/٥/٤ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٨٣ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ٩٦١ ، مارتى ورينو بند ٦٨٧ .

(٣) انظر عكس ذلك وعدم إمكان استعمال خيارات المدين عن طريق هذه الدعوى: جوجلار بند ٩٦١ .

ذلك [1] . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الاتجاه ، فى خصوص إبطال عقد المدين لنقص أهليته ، مستندة إلى أساس من أن مصلحة الدائنين المالية المعرضة للخطر فى هذا الفرض ترجح الاعتبارات الأدبية التى يقوم عليها الحق بالنسبة للمدين [2] . كما سارت محكمة النقض المصرية فى نفس النهج بحكم أصدرته فى خصوص إبطال عقد المدين لعيب شاب رضاه [3]،[4].

---

(١) أشار إلى التطور فى هذا الاتجاه : جوسران بند ٦٦٨ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٢٥٣ .

(٢) انظر نقض ١٩٢١/١/٥ (د . ١٩٢٤-١-١٣٣) ، وانظر عكس ذلك الاتجاه : نقض (عرائض ١٨٧٨/٣/٦) أشار إليه كولان وكابيتان بند ٢٥٣ .

وفى مصر لا يؤيد بعض الشراح ربط مسألة ما إذا كان بالإمكان رفع الدعوى غير المباشرة من عدمه ، بإجراء موازنة بين الاعتبارات الأدبية والاعتبارات المالية التى يقوم عليها الحق ، والانتهاء من ذلك إلى جواز رفعها إن كانت الاعتبارات الأخيرة أغلب . ويرى وجوب الاكتفاء بمجرد قيام الاعتبار الأدبى حتى لا يكون استعمال الدعوى غير المباشرة جائزاً للدائن ، حيث أن الموازنة سابقة الإشارة لن تخلو من تحكم . انظر : د . إسماعيل غانم ص١٥٢ هامش ١ ، وانظر فى نفس المعنى : كوست ، تعليق (س ١٩٣٦-٢-٢٠٩) .

(٣) انظر نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ (وكان العيب هنا هو الإكراه) .

(٤) وانظر فى معنى أن بالإمكان رفع هذه الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصاب المدين فى شخصه ، حيث أن مثل هذا الضرر يقلل صلاحيته للعمل ، ولا يقوم الحق فى تعويضه على اعتبارات أدبية تتعلق بالمدين ، جوجلار بند ٩٦٣ ، جوسران بند ٦٦٨ ، وانظر عكس ذلك : محكمة السين المدنية ١٨٧٩/١/٩ (س ١٨٨١-٢-٢١ وتعليق لابيه) .

وفى دعوى تتعلق بشخص استأجر شقة بعقد إيجار صحيح ، ثم وجد أحد الأغيار يشغلها دون سند قانونى ، رفضت محكمة السين المدنية أن يكون للمستأجر = =

آثار الدعوى غير المباشرة :

١٢٧- تقوم آثار الدعوى غير المباشرة كما عبرت عن ذلك المادة ٢٣٦ على فكرة النيابة القانونية للدائن عن مدينه [(١)،(٢)] ولكنها – خلافاً للأصل – نيابة مقررة لمصلحة النائب . وفي ضوء هذه الفكرة يمكن تحديد آثار هذه الدعوى بالنسبة إلى كل من المدين والخصم والدائن على النحو التالي :

(أ) بالنسبة للمدين :

١٢٨- لما كانت النيابة لا تحرم الأصيل من حرية التصرف في الحق الذي أناب عنه غيره في استعماله ، فإن استعمال الدائن للدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه لا يترتب عليه غل يد هذا الأخير عن الحق الذي يستعمله الدائن باسمه . فيستطيع – كما يشاء – أن يستوفيه مثلاً ، بل وحتى أن ينزل عنه . ولا يملك الدائن أن يعترض على هذه التصرفات إلا بطريق الدعوى البولصية

دائن المؤجر بالالتزام بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة – الحق في أن يحل محل هذا الأخير في رفع دعوى الطرد ضد هذا الشخص . انظر حكمها في ١٩٥٠/١٢/١٩ (ج .ب ١٩٥١-١-١٤٣) .

(١) انظر الأعمال التحضيرية للمادة ٢٣٥ مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٨٠ .

(٢) ويبدو أن هذه الفكرة هي التي كانت وراء حكم محكمة النقض الفرنسية ، الذي قضت فيه بأن رافع الدعوى غير المباشرة يمكن الاحتجاج عليه بورقة الضد الصادرة من كل من المدين ومدينه (المدعى عليه في الدعوى غير المباشرة) . انظر نقض [illegible] ١٩٨٢/١ [illegible]

إذا توافرت شروطها [1] . ومن هنا كانت ندرة اللجوء إلى هذه الدعوى فى العمل ، مادام يفضل عليها من هذه الزاوية نظام حجز ما للمدين لدى الغير الذى به ترتفع يد المدين عن الدين المحجوز ولا يعد بإمكان المحجوز لديه أن يفى به للمدين (المحجوز عليه) [2].

(ب) بالنسبة للخصم :

١٢٩– للخصم أن يدفع فى مواجهة الدائن رافع الدعوى بجميع الدفوع التى كان يمكنه أن يدفع بها فى مواجهة المدين (كالوفاء ، أو التجديد أو المقاصة) . حتى ولو نشأ سببها بعد رفع الدعوى . كصلح تم بشأن الدين بين الخصم والمدين ، أو تنازل للخصم عن الدين.

(جـ) بالنسبة للدائن :

١٣٠– لما كان الدائن فى استعماله لحق مدينه لا يعدو أن يكون نائباً عنه ، فإن حصيلة هذه الدعوى إنما تدخل فى ذمة المدين المالية وتكون ضماناً لجميع دائنيه [3] . فمبادرته لرفع الدعوى درءاً لإهمال المدين ومحاولته لتقوية الذمة المالية لهذا الأخير لا تعطى أية أفضلية له على غيره من سائر الدائنين الآخرين . وهذا عيب آخر من عيوب هذه الدعوى من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من أهميتها العملية.

لذلك يُفهم ، أن الدائن الذى يُحكم له بدينه ويريد اقتضاءه من مدين

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥٠/٢/٢ فى الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٨ق مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٨٤ .

(٢) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٧٧ ، ٩٧٩ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص٨٤٤ .

مدينه « لا يجوز له أن يرفع مثل هذه الدعوى . بل إن له أن يحجز على ما يكون لمدينه من مال تحت يد الغير حجزاً تنفيذياً » [1].

خاتمة المبحث : الدعوى المباشرة :

١٣١- إزاء ما يلاحظ على الدعوى غير المباشرة من قصور في حماية حق الدائن الذى يلجأ إليها ، سبق أن بيناه [2]، وأهم وجوهه : بقاء المدين قادراً – قانوناً – على التصرف فى حقه بكافة أنواع التصرفات التى كان له أن يباشرها عليه قبل رفع الدعوى [3]، وعدم استئثار الدائن رافع الدعوى بثمرة رفعها حيث يزاحمه عليها باقى دائنى المدين الآخرين . وذلك كله فضلاً عن ضيق نطاق مباشرة هذه الدعوى لكونه محدداً بحالة قعود المدين عن مباشرة حقه ، بل وفى الحالة فقط التى يكون من شأن هذا العقود، فيها ، أن يؤدى إلى إعساره أو إلى التفاقم فى هذا الإعسار.

١٣٢- إزاء هذه السلبيات جميعاً ، قرر المشرع – إلى جانب الدعوى غير المباشرة ، فى أحوال خاصة معينة ، نظاماً آخر يكون أكثر فائدة للدائن، كونه يتغلب على السلبيات سابقة الإشارة ، يقال له نظام « الدعوى المباشرة » . فيه – وكما تدل عليه التسمية نفسها – يطالب الدائن (الذى يوجد فى إحدى الحالات الخاصة التى ينص عليها القانون) بحقه (الذي له على المدين) مباشرة ، باسمه هو شخصياً وبالأصالة عن نفسه ، من مدين هذا المدين . وذلك – بداهة – فى حدود ما يكون لمدينه من حقوق فى مواجهة مدينه.

---

(١) نقض ١٩٣٦/٤/١٦ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٨٣ .

(٢) راجع سابقاً بند ١٢٨ ، ١٣٠ .

(٣) اللهم إلا إمكانية الطعن على هذه التصرفات بالدعوى البولصية إن توافرت شروطها ، على ما سبق أن بيناه أيضاً . راجع سابقاً بند

مثال ذلك : أن يكون (أ) مؤجراً شقة ، يداين مستأجرها (ب) بأجرة ولتكن ١٠٠٠ جنيه ، ويكون (ب) قد أجر جزءاً من تلك الشقة لمستأجر من الباطن (جـ) بأجرة مقدارها ٤٠٠ جنيه . فى هذه الحالة ، يمنح القانون لـ(أ) (المؤجر الأصلى) دعوى مباشرة ضد (جـ) (المستأجر من الباطن) يطالبه فيها ، باسمه ولحسابه ، بحقه فى مواجهة المستأجر الأصلى ، فى حدود حق هذا الأخير فى مواجهة المستأجر من الباطن (أى : فى حدود ٤٠٠ جنيه) . أو أن يكون (أ) مقاولاً ، يداين (ب) رب العمل بأجر المقاولة بينهما ومقداره مليون جنيه ، ويكون (ب) قد استخدم – فى تنفيذ المقاولة مقاولاً من الباطن (جـ) مستحقاً له فى مواجهة المقاول الأصلى ، ٦٠٠ ألف جنيه . فى هذه الحالة ، يكون لـ(جـ) (مقاول الباطن) دعوى مباشرة ضد (ب) (رب العمل) يمكنه أن يطالبه فيها بحقه فى مواجهة (أ) ومقداره ٦٠٠ ألف جنيه كاملة ، فحق (أ) فى مواجهة (ب) ومقداره مليون جنيه يسع تلك المطالبة.. وهكذا.

١٣٣– ويظهر من الفارق الأساسى بين الدعويين (غير المباشرة والمباشرة) فى الوسيلة التى تقوم عليها كل منهما المتمثل ، أى هذا الفارق (كما يبين من المثالين السابقين) فى أن الأولى يرفعها الدائن على مدين مدينه باسم مدينه وبالنيابة عنه ، فيما أن الثانية يرفعها الدائن على مدين مدينه باسمه هو شخصياً وبالأصالة عن نفسه ، ولحسابه ، أن آثارهما تختلف اختلافاً جوهرياً من ناحيتين أساسيتين :

(الأولى) : أنه – على العكس من الدعوى غير المباشرة – فإن تصرفات المدين ، فى حقه الذى يرفع الدائن الدعوى المباشرة بصدده ، لا تنفذ فى حق الدائن.

ففي المثال الأول : إذا استعمل المؤجر حقه فى الدعوى المباشرة بأن

أنذر المستأجر من الباطن بأن يدفع له هو مباشرة الأجرة المستحقة عليه تجاه المستأجر الأصلي ، فإن : تنازل المستأجر الأصلي مثلاً ، بعد ذلك ، للمستأجر من الباطن ، عما له من حق في الأجرة في مواجهته ، أو دفع المستأجر من الباطن تلك الأجرة (المستحقة عليه) للمستأجر الأصلي ، لا ينفذ هذا أو ذاك في حق المؤجر الأصلي . ونفس الأمر في المثال الثاني [1].

(**والثانية**) : أنه – على العكس من الدعوى غير المباشرة – يستأثر الدائن رافع الدعوى المباشرة بثمرة رفعها فلا يزاحمه فيها باقي دائني المدين[2] . ففي المثال الأول : يستأثر المؤجر بمبلغ الأجرة الذي اقتضاه من المستأجر من الباطن (٤٠٠ جنيه) فلا يزاحمه فيه باقي دائني المستأجر الأصلي الآخرين . ونفس الأمر في المثال الثاني [3].

١٣٤– ولكون ميزة الاستئثار هذه المكفولة للدائن رافع الدعوى المباشرة تشكل – كما هو واضح – خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين فيما لهم من حق الضمان العام على أموال مدينهم ، فإنه من المقرر أن هذه الدعوى لا تكون إلا بنص خاص في القانون يقررها ، وبالتبعية ، أن هذه النصوص تكون واردة على سبيل الحصر.

---

(١) فإذا أنذر المقاول من الباطن ، رب العمل ، بأن يدفع له مباشرة مبلغ الـ ٦٠٠ ألف جنيه التي يداين به المقاول الأصلي ، خصماً من مبلغ المليون جنيه التي يداين بها المقاول الأصلي رب العمل ، فإن تنازل المقاول الأصلي بعد ذلك ، لرب العمل، عما له من أجر في مواجهته ، أو دفع رب العمل ذلك الأجر للمقاول الأصلي ، لا ينفذ هذا أو ذاك في حق المقاول من الباطن .

(٢) وهو ما سمح للبعض بتقريب الدعوى المباشرة من « حق الامتياز » ، انظر في هذا التقريب: عبدالفتاح عبدالباقي، دروس أحكام الالتزام طبعة١٩٨٩ ص٩٨ بند٧٦ .

(٣) حيث يستأثر المقاول من الباطن بمبلغ الـ ٦٠٠ ألف الذي استأداه من رب العمل فلا يزاحمه فيه باقي دائني المقاول الأصلي الآخرين .

ومن أمثلة هذه النصوص :

ما تقضى به المادة ١/٥٩٦ – فى باب الإيجار – ونصها : « يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر ».

وما تقضى به المادة ١/٦٦٢ – فى باب المقاولة – ونصها : « يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى من وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل ».

المبحث الثانى

الدعوى البولصية

(دعوى عدم نفاذ التصرف) (١)(٢)

L'action Paulienne

الفكرة التى تقوم عليها :

١٣٥– عرفنا أن الدعوى غير المباشرة إنما تهدف إلى المحافظة على

---

(١) لم يعالج المشرع الفرنسى هذه الدعوى بالتفصيل الذى عالجها به المشرع المصرى فى المجموعة المدنية الحالية ، بل أورد بشأنها مادة واحدة فقط هى المادة ١١٦٧ التى اكتفى فيها بالقول بأن « للدائنين أن يطعنوا – باسمهم الشخصى – على التصرفات التى تتم من جانب مدينهم بقصد الغش إضرارا بحقوقهم » . ومن ثم فإن للقضاء والفقه ، فى الحقيقة ، الفضل فى استكمال هذا النقص ، والكثير من أحكام هذه الدعوى استوحاه القضاء والفقه من تقاليد هذه الدعوى فى القانون الرومانى .

(٢) انظر فى تاريخ هذه الدعوى : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٥٦ ، مارتى ورينو بند ٦٩٨ .

الضمان العام من سلبية مدين مهمل . أما الدعوى البولصية ، فتواجه على العكس موقفاً إيجابياً من مدين يتصرف فى أمواله تصرفاً ، يقصد به إلى الإضرار بدائنيه وحرمانهم من إمكان التنفيذ بدينهم على المال المتصرف فيه الذى كان يعتمد عليه هؤلاء « بضمان استدادهم بحقوقهم »[1] لما يترتب على هذا التصرف من إعسار المدين أو الزيادة فى هذا الإعسار ؛ بما يتعين معه وجوب رد قصده السيئ عليه وذلك بعدم نفاذ تصرفاته فى حقهم . والوسيلة الفنية لذلك هى الدعوى التى قررها المشرع لهؤلاء الدائنين والتى تعرف بالدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات . فكأن هذه الدعوى تقوم – من ناحية – على فكرة الغش من جانب المدين ، ومن ناحية أخرى على فكرة الضرر فى جانب الدائن . وسوف نعرف من خلال هذه الدراسة إلى أى حد هيمنت هاتان الفكرتان على شروط هذه الدعوى.

على أن يلاحظ – قبل الدخول فى التفاصيل – أنه ليس يلزم أن ترفع الدعوى البولصية فى صورة دعوى مستقلة ، « إذ من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التى يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف » [2].

شروطها :

١٣٦– تتعدد شروط الدعوى البولصية : فمنها ما يتعلق بالدائن ومنها ما يتعلق بالمدين ومنها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه.

أولاً – الشروط التى تتعلق بالدائن :

١٣٧– يشترط فى حق الدائن حتى يمكنه أن يستعمل هذه الدعوى ،

(١) نقض ١٩٣٥/١٢/١٢ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ، السابق ص٤٨٧ .

(٢) نقض ١٩٥٠/٣/٣٠ طعن رقم ١١٤ لسنة ١٨ق مشار إليه فى معوض عبدالتواب ، السابق ص٤٨٨ .

شرطان : أن يكون مستحق الأداء من ناحية وسابق على التصرف المطعون فيه من ناحية أخرى . ولا أهمية بعد ذلك لمصدر حق الدائن ولا لمحله ، ولا ما إذا كان بيده سند تنفيذ أم لا لأن « الدعوى البولصية ليست إجراء تنفيذياً وإنما هى من مقدمات التنفيذ وممهداته » [1].

(أ) استحقاق الدين :

١٣٨- على خلاف الحال فى الدعوى غير المباشرة ، لما كان الدائن هنا لا يقتصر على مجرد استعمال حقوق مدينه بالنيابة عنه ، وإنما يريد التوصل إلى شل آثار تصرفاته وعدم نفاذها فى مواجهته ، كان من البديهى أن يتشدَّد المشرع فى شروط حق الدائن الذى يمكنه أن يرفع هذه الدعوى . ولذلك فلم يكتف فى إعطائها بأن يكون حق الدائن محققاً ، وإنما استلزم أن يكون هذا الحق قد أصبح مستحق الأداء لأن هذه الدعوى « هى من مقدمات التنفيذ وممهداته وقد يقع أن يليها التنفيذ مباشرة » [2] . وبالتالى – بل ومن باب أولى – يجب أن يكون هذا الحق خالياً من النزاع.

وعلى ذلك فإن الدائن بحق مضاف إلى أجل واقف [3] أو من باب أولى

---

(١) الأعمال التحضيرية للمادة ٢٣٧ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٨٦ .

(٢) الأعمال التحضيرية المشار إليها فى الهامش السابق .

(٣) ويبدو لبعض الشراح الفرنسيين أن حرمان الدائن بحق مضاف إلى أجل واقف من رفع الدعوى البولصية ، يتعارض مع شرط الإعسار . مستندين فى ذلك إلى أنه : إذا ما أثبت الدائن بأجل إعسار مدينه ، ترتب على ذلك سقوط الأجل ، وجاز له من ثم رفع الدعوى البولصية . انظر كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٢٢٦ ، مارتى ورينو بند ٧٠١ .

أما فى مصر فليس هناك من تعارض : لأن الأجل ، فى مصر ، لا يسقط لمجرد إعسار المدين إعساراً فعلياً ، وإنما يجب أن يكون المدين قد أصبح معسراً إعساراً =

المعلق على شرط واقف [1] لا يستطيع أن يرفع هذه الدعوى . وذلك على العكس من الدائن صاحب الحق المقترن بشرط فاسخ أو بأجل فاسخ.

(ب) أسبقية حق الدائن فى نشأته على التصرف المطعون فيه [2]:

١٣٩- ويتعين ، من ناحية أخرى أن يكون حق الدائن سابقاً فى وجوده على التصرف المطعون فيه . وقد بررت الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٣٧ هذا الشرط ، بأنه « بهذا الوضع يصح أن يتصور أن ضرراً يصيب الدائن أو أن غشاً يقع من المدين »[3].

ولما كان هذا هو أساس اشتراط أن يكون الصرف المطعون فيه تالياً لوجود حق الدائن ، فإنه إذا فرض وثبت أن المدين قد قصد بالتصرف الإضرار بشخص يوشك أن يكون دائنه ، أو كما عبرت الأعمال التحضيرية « إذا كان هذا التصرف قد عقد على وجه التخصيص والإفراد للإضرار بالدائن » [4] كان لهذا الدائن الطعن فى التصرف بالرغم من أسبقيته على

= قانونياً . كما أن شهر الإعسار وقف فى القانون المصرى على حكم يصدر به ، ولن يكون حتمياً حتى فى حالة الإعسار القانونى هذه أن يستجيب القاضى لطلب شهر الإعسار ، فقد لا يرى فى الظروف المحيطة بالمدين ما يستدعى هذا الإجراء (انظر المواد ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ مدنى مصرى) .

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٩٥٧/١٢/١٨ (د . ١٩٥٨-٢٢٤) .

(٢) انظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الشرط : نقض فرنسى (عرائض) ١٩٠٥/٥/٣٠ (د. ١٩٠٥-١-٤٠٨) ؛ عرائض ١٩٤٦/٣/٦ (د. ١٩٤٦-٢٤٠)؛ نقض (تجارى) ١٩٥٢/٥/١٤ (د . ١٩٥٣-٦٢٥ وتعليق رادوان) .

(٣) انظر الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٣٢ ؛ وفى هذا المعنى أيضاً : مارتى ورينو بند ٧٠٢ .

(٤) مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٨٦ .

تاريخ نشوء حقه [1] (ومثال ذلك : أن يبيع المدين بعض أمواله فى وقت يسعى فيه إلى الاقتراض).

١٤٠- ومن البديهى أن على الدائن عبء إثبات هذه الأسبقية . ولكن ما يجدر التساؤل بشأنه هو كيفية إثباتها.

١٤١- يجب أن يلاحظ منذ البداية أن العبرة فى الأسبقية هى بتاريخ نشوء حق الدائن وليس بتاريخ استحقاقه [2] . وكذلك بتاريخ التصرف المطعون فيه وليس بتاريخ شهره إذا كان واجب الشهر [3].

---

(١) وحديثا قضت محكمة استئناف باريس بهذا الحل « حينما يكون الغش قد نظم مقدماً بغية الإضرار بدائن مستقبل » . انظر حكمها فى ١٩٨٢/١/١٣ (د . ١٩٨٢-أ.ر-١٧٥) ؛ وفى نفس الاتجاه : نقض (عرائض) ١٩٣٩/١١/١٥ (د .أ ١٩٤٠-٤٠) ؛ استئناف باريس ١٩٦٤/٢/١٠ (جـ .ب ١٩٦٤-١-٤١١ فى الأسباب) ؛ نقض ١٩٢٨/١/٢٣ (د . ١٩٢٨-١-٨٦ وتقرير المستشار كولان) ، استئناف باريس ١٩٢٨/٧/٢٤ (س ١٩٢٩-٢-٩٧ وتعليق بيكينيون) ، محكمة ستراسبورج المدنية ١٩٥١/١١/٩ (د . ١٩٥٢-٣١٨) . وفى الفقه انظر : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٢٦ ؛ ستارك بند ٢٦٠٩ ؛ مارتى ورينو بند ٧٠٢ .

(٢) وتعبيراً عن هذا المعنى تقول محكمة النقض الفرنسية أنه يكفى أن يكون « منشأ حق الدائن » pricipe de la créance سابقاً على التصرف الذى يراد الطعن فيه . انظر من أحكامها الحديثة نقض ١٩٨٤/١/١٧ (د . ١٩٨٤-٤٣٧ وتعليق مالورى) ؛ وانظر فى نفس المعنى : استئناف فرساى ١٩٨٠/٤/٢٩ (د . ١٩٨١-أ .ر-١٤ وملاحظة فاسير) ؛ نقض ١٩٦١/٦/١٤ (جـ .ب ١٩٦١-٢-٣٠٥) ؛ وعكس ذلك استئناف ليون ١٩٤٣/٢/١١ (جـ .ك .ب ١٩٤٣-٢-٢٢٨٣ وتعليق كاربونييه) .

(٣) انظر عكس ذلك (فى خصوص هبة) : نقض ١٩٤٢/١٠/٢٦ (جـ . ك . ب ١٩٤٣-٢-٢١٣١ وتعليق بيكيه . ر .ت ١٩٤٣ ص١٩٠ وملاحظة هنرى وليون مازو) .

١٤٢- ومن ناحية أخرى فإن أمر كيفية هذا الإثبات يختلف حسب مصدر حق الدائن . فإذا كان هذا الحق قد نشأ عن واقعة مادية كان له أن يثبت تاريخ نشوئه بكل طرق الإثبات . أما إن كان مصدره تصرف قانونى ولم يدرج هذا التصرف إلا فى محرر عرفى فإن القواعد العامة فى الإثبات تعتبر المتصرف إليه من المدين فى هذه الحالة من الغير بالنسبة للتصرف الذى أنشأ حق الدائن ومن ثم لا يحتج به عليه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت سابق على التصرف المطعون فيه.

١٤٣- ويبدو أن المشرع قد أراد أن يحيد عن هذا الأصل . إذ ورد فى المذكرة الإيضاحية - رغم عدم وود نص يحسم هذه المسألة - أن المشرع قد قصد إغفال استلزام ثبوت التاريخ حيث أن « الدائن يفاجأ فى أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين » (١) . بما يستفاد منه أن تاريخ المحرر العرفى المثبت لحق الدائن يكون حجة على المتصرف إليه (٢)، إلى أن يقيم الدليل على أنه

---

(١) الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٣٢ .

(٢) من هذا الرأى : د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٨٩ ؛ د . عبدالودود يحى بند ٥١؛ وقرب د . البدراوى بند ١٢٣ وعكس ذلك ، أبو ستيت بند ٦٤٣ ؛ ويفرق البعض فى هذا الشأن بين ما إذا كان التصرف المطعون فيه ثابت التاريخ أو غير ثابت ، حين يلزم فى الحالة الأولى فقط أن يكون تاريخ حق الدائن ثابتاً : انظر د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٨٥ ؛ ويرى البعض الآخر أنه كان الأجدر بالمشرع أن يواجه الموضوع بنص صريح د . البدراوى بند ١٢٣ ؛ د . إسماعيل غانم ص١٨٣ هـ١ .

أما الفقه الفرنسى فيبدو أن الرجح فيه هو ضرورة أن تكون أسبقية حق الدائن بتاريخ ثابت : انظر : بلانيول وريبير ورادوان جـ٧ بند ٩٥٧ ؛ جوسران بند ٦٩٦ ؛ كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٦٦ ، مارتى ورينو بند ٧٠٢ ؛ ستارك بند ٢٦٠٨ ؛ وفى القضاء : انظر فى هذا الاتجاه أيضاً : استئناف إميان ١٩٩١/١٢/٧ =

قد قدم عمداً تواطؤاً مع المدين للإضرار به.

١٤٤- هذا عن تاريخ التصرف المثبت لحق الدائن . أما تاريخ التصرف الذى يراد الطعن فيه بالدعوى البواصية ، فمن المسلم به تقريباً فى مصر أنه يكون حجة على الدائن ، إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم عمداً تواطؤاً بين المدين والمتصرف إليه لحرمانه من إمكانية الطعن بالدعوى البولصية ، وذلك تأسيساً على أن الدائن العادى - بموجب المادة ١٥ إثبات - لا يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية لمدينه [١].

ثانياً - الشروط التى تتعلق بالتصرف المطعون فيه :

١٤٥- لما كانت الدعوى البولصية تقوم على فكرة الغش من جانب المدين للإضرار بدائنه فإن نطاقها بالتالى يجب أن يقتصر على تصرفات المدين التى يمكن أن تتضمن هذا المعنى وهو ما لا يصدق إلا على التصرف القانونى [٢] المفقر.

= (جـ .ب ١٩٦٢-١- ملخص ٢) ؛ وعكس ذلك : أوبرى ورو (أشار اليهما مارتى ورينو ص٧٢٥ هـ١) ؛ واستئناف بورج ١٨٩٢/٧/١٨ (د . ١٨٩٢-٢-٦٠٩) ، وقد استندت في ذلك إلى أن ما يطلبه الدائن بالدعوى البولصية هو إثبات غش مدينه وتواطؤ المتصرف إليه ، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق . انظر فى دحض هذا التأسيس جوسران بند ٦٩٦ .

(١) فى هذا الاتجاه : د . السنهورى بند ٥٨٤ ؛ د . أنور سلطان بند ١٢٧ ؛ د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٨٥ ؛ د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٨٩ ؛ وانظر عكس ذلك: د . الصده بند ٦٤ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٥١ ؛ ومن هذا الاتجاه العكسى أيضاً كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٦٦ .

(٢) راجع فى إمكان امتداد هذه الدعوى لتشمل أعمال التقاضى Les actes judiciaries من جانب المدين ، متى تمت بسوء نية . كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٦٣ ، ويقصدون بذلك فرض مالو تواطأ المدين مع أحد الأشخاص ليرفع عليه دعوى لا يقدم =

١ - تصرف قانونى :

١٤٦- يجب أن يكون ما صدر من المدين تصرفاً قانوناً حتى يمكن للدائن الطعن فيه بالدعوى البولصية . أما الأعمال المادية حتى العمدية منها فإن الدعوى البولصية لا تمتد إليها ولو ترتب على هذه الأعمال فى النهاية تحميل المدين بالتزامات ، لأن هذه الأعمال ، حتى فى حالة العمد لا يصدق عليها أن المدين قد قصد بها أساساً الإضرار بدائنه.

ويمكن استخلاص هذا الشرط من نص المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ مدنى حين نصت الأولى على أن « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به....الخ » . وحين تفرق الثانية بين ما إذا كان المدين قد تصرف بعوض أم تبرعاً.

غير أنه يستوى بعد ذلك أن يكون هذا التصرف من جانبين (عقداً) أو عملاً قانونياً من جانب واحد . كما يستوى كذلك أن يكون معاوضة أو تبرعاً، منشئاً لالتزام أو مسقطاً لحق ، مسجلاً هذا التصرف أو غير مسجل [١]، مادام يصدق عليه فى كل الأحوال أنه تصرف مفتقر على ما سنرى.

(ب) تصرف مفقر :

١٤٧- ويجب من ناحية أخرى : أن يكون هذا التصرف القانونى

= فيها دفوعاً جدية حتى يصدر الحكم فيها لمصلحة هذا الشخص ، ومن ثم الإضرار بالدائنين الآخرين .

ولكنهم مع ذلك يرون أن الأمر هنا يتعلق بدعوى بولصية لها شكل خاص ، وهو شكل « اعتراض الخارج على الخصومة » .

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥٥/٦/٢ طعن رقم ٢٣١ لسنة ٢١ق مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٩٣ .

مفقراً [1]، وهو ما عبرت عنه المادة ٢٣٧ بأنه تصرف « ضار » بالدائن.

« والتقرير بأن التصرف المطعون فيه بالدعوى البولصية يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب ، هو تقرير موضوعي » [2].

١٤٨- ولا شك أن التصرف يكون مفقراً إذا كان من شأنه أن ينقص حقوق المدين بإخراج أموال من ذمته . سواء تم ذلك بدون مقابل كالهبة أو بمقابل تظل معه فكرة الإضرار بالدائن متوافرة كبيع مال بثمن بخس[3][4].

---

(١) انظر في معنى أن شرط إعسار المدين بالتصرف الذي أبرمه أو زيادة إعساره ، يغني عن شرط أن يكون التصرف مفقراً . د . إسماعيل غانم بند ٧٠ .

(٢) نقض ١٩٥٢/٢/١٤ طعن رقم ٧٢ لسنة ٢٠ق ، مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٤٩٢ وقد رتبت المحكمة على ذلك أنه : « متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم نفاذ التصرف موضوع الدعوى في حق المطعون عليهم الثلاثة الأولين أقام قضاءه على أن لهم ، فضلاً عن الدين المتخذة إجراءات التنفيذ بسببه ديناً آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المؤقت ، وأن القدر الذي بقي للمدين بعد تصرفه للطاعنات لا يكفي لوفاء جميع ديونه ، إذ قرر الحكم ذلك واستخلص منه إعسار المدين فقد استند إلى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطئ في تطبيق القانون مادام قد تبين للمحكمة أن الدين الذي أدخلته في تقديرها لإعسار المدين هو دين جدي مستحق الأداء » .

(٣) في هذا المعنى : كاربونييه بند ١٤١ ص٥١٨ ، ستارك بند ٢٥٨٥ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٠٠/١/٣٠ (د . ١٩٠٠-١-١٦٦ ، في شأن بيع بثمن بخس) ، نقض (عرائض) ١٩٠٣/٧/٢٠ (د . ١٩٠٤-١-١٩٦ في شأن صلح مجحف بالمدين) .

(٤) وانظر في معنى أن البيع ، ولو بثمن المثل ، يمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية : نقض فرنسي ١٩٧١/٢/١٨ (جـ .ك .ب ١٩٧١-٤-١٧٧) ، مارتي ورينو بند ٧٠٤ . =

١٤٩- غير أن معنى التصرف المفقر يتسع فى الواقع ليشمل بالإضافة إلى التحديد السابق التصرفات التى يزيد بها المدين من التزاماته (كقرض يصبح بمقتضاه مديناً للمقرض) مادام أن العبرة فى النهاية بأثر تصرفات المدين على حق الدائنين فى الضمان العام . وبدهى أن هذا الحق كما يتأثر بالتصرفات التى تنقص أموال المدين إنما يتأثر كذلك بالتصرفات التى تزيد من التزاماته مادام يترتب على هذه أو تلك إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره.

ومن هنا كان المشرع المصرى على حق حين عالج فى التقنين الجديد عيباً تقليدياً فى الدعوى البولصية ، حيث كان تحديد التصرف المفقر فى التقاليد الرومانية لهذه الدعوى يقتصر على ما ينقص حقوق الدين فقط ولا يتناول ما يزيد فى التزاماته [1] . وهكذا تعطى المادة ٢٣٧ مدنى حق الطعن

= والميل فى الفقه والقضاء الفرنسيين على ما يبدو ، هو إلى توسيع مفهوم التصرف المفقر ، بحيث يشمل التصرفات التى يخرج بها المدين أموالاً من ذمته ولو بقيمة مساوية لها ؛ مادام أن هذه القيمة يمكن أن تفلت من متابعة الدائنين بسبب سهولة إخفائها (كما هو الحال فى النقود مثلاً) أو لأن الحجز عليها لا يكون جائزاً أو يكون صعباً . انظر فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٨٦ ورادوان تعليق (د . ١٩٥٣-٦٢٥) ؛ مارتى ورينو بند ٧٠٤، نقض ١٩٦١/٦/١٤ (ج .ب ١٩٦١-٢-٣٠٥) ، نقض ١٩٧١/٢/١٨ سابق الإشارة . وتعبيراً عن هذا المعنى يقول ستارك : « أنه يكون هناك إعسار أيضاً حينما لا يكون بوسع الدائنين (أى على أثر تصرف المدين) اقتضاء حقوقهم » . ستارك بند ٢٥٨٦ .

(١) ولا يزال البعض فى فرنسا يقول بذلك : انظر كاربونييه بند ١٤١ ص٥١٨ . ويشير بعض الشراح إلى أن ذلك هو المعمول به فى فرنسا أخذا من تقاليد القانون الرومانى ، وأساسه أن الإعسار المدنى ، على العكس من الإفلاس التجارى ، لا يحرم المدين من حقه فى إدارة أمواله . انظر مارتى ورينو بند ٧٠٦ ، وراجع فى التحفظ =

فى تصرف المدين « إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته ».

١٥٠- لكن أياً كان اتساع فكرة التصرف المفقر إلا أنها لا يمكن أن تمتد إلى ما يسمى برفض الاغتناء [1] بمعنى امتناع المدين عن زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته . إذ لا يسوغ للدائنين فى هذين الفرضين التذمر من مسلك المدين ، مادام أن تصرفه على هذا النحو لا يسلبه حقاً كان له ، وكان يدخل بالتالى فى الضمان العام لهؤلاء الدائنين ، ولا يثقله بدين جديد يضعف من هذا الضمان ، (ومثال رفض الاغتناء ، أن يمتنع المدين عن قبول هبة) . وليس لهذه القاعدة من استثناء إلا ما يقضى به القانون المدنى فى خصوص امتناع المدين عن التمسك بالتقادم وذلك لكسب حق أو إسقاط التزام . فهذا الامتناع - والفرض أن التقادم ، مكسباً كان أم مسقطاً لا يترتب أثره إلا إذا تمسك به من يسرى لصالحه - لا يعدو أن يكون من قبيل رفض الاغتناء ، أى رفض إنقاص الالتزامات (فى حالة الامتناع عن التمسك بالتقادم المسقط)، أو رفض زيادة الحقوق (فى حالة الامتناع عن التمسك بالتقادم المكسب) ، بما كان ليترتب عليه عدم إمكان الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولكن المشرع نص فى المادة ٣٨٨ على أن النزول عن التقادم

= على هذا الحل ، ومن ثم إخضاع التصرفات الجديدة التى تتم بتواطؤ تدليسى متميز ، بقصد الإضرار بالدائنين للدعوى البولصية ، مارتى ورينو ، الموضع السابق .

(١) فى هذا المعنى أيضاً : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٢٦٥ ، ستارك بند ٢٥٨٧ ، مارتى ورينو بند ٧٠٤ ، وعكس ذلك أوبرى ورو تأسيساً على عمومية نص المادة ١١٦٧ ، وعلى أن الأموال الجديدة التى سيغتنى بها الدائن سوف تدخل فى الضمان العام للدائنين . أشار إليهما مارتى ورينو ، الموضع السابق .

المسقط ، استثناء من القاعدة السابقة [1]، « لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم » [2] . ولما كانت المادة ٩٧٣ قد أحالت فى خصوص التقادم المكسب إلى أحكام المادة ٣٨٨ سابقة الذكر ، فإن هذا الاستثناء يمتد بدوره إلى هذا النوع الأخير من التقادم.

١٥١- كذلك ، فإن وصف التصرف المفقر الضار بالدائن لا يتسع لما يرد من التصرفات على ما لا يدخل من حقوق المدين فى الضمان العام للدائنين : كتصرف المدين فى حقوق أو أموال له مما لا يجوز الحجز عليها . إذ لا تعتبر التصرفات الواردة على أمثال هذه الحقوق مضرة بالدائنين مادام الفرض أنهم لن يستطيعوا استيفاء حقوقهم منها . أو تصرفه فى حق من الحقوق وثيقة الصلة بشخصه [3]، كتنازله مثلاً عن حقه فى التعويض عن ضرر أدبى أصابه.

١٥٢- ويبقى فى النهاية التساؤل عما إذا كان وصف التصرف المفقر الضار بالدائنين يتسع ليشمل تفضيل المدين لأحد دائنيه على سائرهم ، وذلك بأن يوفيه حقه دونهم أو يقرر له سبباً من أسباب التقدم عليهم (كأن يرهن له

(١) انظر فى معنى أن هذه الحالة تعتبر استثناء من قاعدة عدم امتداد الدعوى البولصية لرفض الاغتناء : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٢٦٥ .

(٢) ويفسر الفقه الفرنسى المادة ٢٢٣٥ مدنى فى هذا المعنى أيضاً : انظر مارتى ورينو بند ٧٠٤ (وإن كانا يقولان أنه من المشكوك فيه أن يكون الأمر فى هذه الحالة متعلقاً بدعوى بولصية حقيقية) .

(٣) فى هذا المعنى : د . إسماعيل غانم بند ٧٥ ، ومن الفقه الفرنسى : ستارك بند ٢٥٩٥ بلانيول وريبر ورادوان جـ٧ بند ٩٤٧ ، بونسار (تعليق د . ١٩٤٩-١٣١) ، نقض فرنسى ١٩٠٢/٧/٢٨ (د . ١٩٠٣-١-٣٨٣) وعكس ذلك : كولان وكابيتان ، أوبرى ورو ، أشار إليهم ستارك ص٧٨٧ هـ٢٣ .

مثلاً مالاً من أمواله).؟

كان هذا التساؤل بشقيه محل خلاف في ظل التقنين القديم [1]. ذلك لأنه إذا كان من المتصور - من ناحية - افتراض الغش في جانب المدين الذى يتجه إلى إيثار أحد دائنيه على باقى الدائنين ، فإن سلوك الدائن الذى يسعى إلى استيفاء حقه أو الحصول على ضمان خاص تأميناً لهذا الحق لا يمكن - بالمقابلة - إلا أن يكون سلوكاً بقصد تحقيق غرض مشروع خصوصاً إذا كان حقه قبل المدين مستحق الوفاء.

غير أن هذا السلوك رغم مشروعيته القصد منه إلا أنه سيترتب عليه فى الواقع الإضرار بالدائنين الآخرين فى النهاية ، مادام أنه سيخل بمبدأ المساواة بينهم وإلى إنقاص نسبة ما يحصل عليه كل منهم عند اقتسام أموال المدين الباقية قسمة الغرماء ، خاصة لو أن المدين إذ يفى لهذا الدائن بحقه إنما يفيه بأكثر من قيمته [2].

وقد رأى المشرع فى التقنين الجديد أن يواجه التساؤل السابق بشقيه فاعتبر إيثار المدين لأحد دائنيه بالوفاء أو الضمان الخاص من قبيل التصرفات المفقرة وأجاز الطعن فيه بالدعوى البولصية وذلك على النحو التالى :

---

(١) أشار إلى هذا الخلاف : د . السنهورى بند ٥٧٨ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٩٣ ، د . الصده بند ٦٠ .

(٢) انظر - من تطبيقات القضاء ، نقض ١٩٤٩/٦/٩ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٩٢ .

١- الوفاء [1].

١٥٣- فرق المشرع بين ما إذا كان الدين الذى أوفاه المدين لأحد دائنيه مؤجلاً أم مستحق الأداء . فى الحالة الأولى أعطى الوفاء حكم التبرع ، وأجاز لبقية الدائنين الطعن فيه ، دون حاجة إلى إثبات غش المدين أو تواطؤ الدائن . أما فى الحالة الثانية فقد أعطاه حكم المعاوضة فاشترط لإمكان الطعن فيه إثبات الغش فى جانب المدين والتواطؤ من جانب الدائن.

---

(١) وفى فرنسا يرى البعض أن الوفاء لا يمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية ولو تم بطريق الغش . انظر فى هذا المعنى ، ومبرراته : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٦٤ ، كاربونييه بند ١٤١ ص٥١٨ (وهو يقول : أن من يفى دينه لا يفتقر وإنما يغتنى)، وانظر مارتى ورينو الذين يقولان أن الأصل فى الوفاء عدم جواز الطعن فيه بهذه الدعوى : بند ٧٠٦ ، وبوجه عام انظر :

Colombet : De la règle que l'action Paulienne n'est pas recevable contre les paiements . R .T . 1965 p . 5 et 5 .

أما فى القضاء الفرنسى : فالميل هو إلى إمكان الطعن فى الوفاء بالدعوى البولصية « متى كان قد تم على أثر غش مدبر قصد تسبيب ضرر غير مشروع للدائنين » . انظر نقض ١٩٤٥/٧/١٧ (د . ١٩٤٦-س-٢) ، نقض ١٨٩٦/٧/٧ (د . ١٨٩٦-١-٥١٩) .

كذلك يقبل القضاء الفرنسى ، بسهولة أكبر . الطعن بالدعوى البولصية فى « الوفاء بمقابل » ، تأسيساً على أن اللجوء إلى هذا النوع من الوفاء ليس ضرورياً بالنسبة للدائن ، وإن فرص الإضرار بالدائنين فيه تكون أكبر لأن المدين قد يفى بشىء من قيمة أكبر . انظر من تطبيقات القضاء ، نقض ١٩٠٠/١/٣٠ (د . ١٩٠٠-١-١٦٦) ، استئناف باريس ١٩٣٧/٧/٢٣ (جـ .ك .ب ١٩٣٨-٢-٤٩٢ وتعليق دالان) ، نقض (عرائض) ١٩٤١/٢/٢٤ (جـ .ك .ب ١٩٤٢-٢-١٩١٨ وتعليق بيكيه) ، وانظر فى التأسيس سابق الإشارة إليه : ستارك بند ٢٥٩٥ ، مارتى ورينو بند ٧٠٦ .

١٥٤- وينتقد البعض الحكم الذى أتى به المشرع للحالة الثانية ، فطالما أنه لم يتم شهر إعسار المدين ، وظلت بالتالى إجراءات التنفيذ الفردية ضد جائزة ، فإن مبادرة الدائن لاستيفاء دينه المستحق الأداء تعتبر أمراً مشروعاً . هذا فضلاً عن أنه إذا كان يسهل افتراض الغش فى جانب المدين الذى يسعى إلى إيثار أحد دائنيه على سائرهم ، فإنه على العكس لا يمكن تصور الغش فى جانب الدائن أو تواطئه مع المدين إضراراً ببقية الدائنين ، إذا كان لم يحصل بهذا الوفاء إلا على ما هو مستحق له [١].

٢- الضمان الخاص :

١٥٥- إذا كان المدين فى ترتيبه للضمان الخاص قد حصل على مقابله من الدائن (كأن مدّ له أجل الدين فى مقابل الرهن) كان تصرف المدين فى حكم المعاوضة ، وجاز الطعن فيه بالشروط الخاصة للطعن فى هذا النوع من التصرفات . وهى ضرورة الغش من جانب المدين والتواطؤ من جانب الدائن . أما إذا كان قد قدم هذا الضمان دون مقابل ، أخذ تصرفه حكم التبرعات وجاز الطعن فيه دون حاجة لإثبات الغش أو التواطؤ . فإذا نجحت الدعوى البولصية ترتب عليها حرمان الدائن من الميزة التى قررها له المدين . وذلك بعدم نفاذ ضمانه الخاص فى مواجهة باقى الدائنين (م٢٤٢/١).

ثالثاً : الشروط التى تتعلق بالمدين :

١٥٦- فى ضوء الهدف من الدعوى البولصية وهو المحافظة على الضمان العام للدائنين ، بقصد استيفائهم كامل حقوقهم من ذمة المدين

---

(١) فى هذا المعنى : د . محمود جمال الدين زكى بند ٤٠٧ .

المالية ، يمكن رد الشروط التي تتعلق بالمدين إلى شرطين : الإعسار والغش.

١- الإعسار :

١٥٧- ويقصد به هنا الإعسار الفعلي [١]، على النحو الذي بيناه في خصوص الدعوى غير المباشرة [٢] . فإذا تسبب تصرف المدين في إعساره ، بأن كان موسراً قبله ثم أعسر بسبب هذا التصرف ، أو أدى إلى زيادة إعساره بأن كان معسراً قبله فزاد التصرف من هذا الإعسار ، كان من حق الدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية [٣].

---

(١) انظر في هذا المعنى : نقض مصري ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص١١٨٥ .

وقد وصفت محكمة النقض ، المدين الذين أصبح في حالة إعسار بأنه الذي أصبح « لا يفي ماله بمطلوب غرمائه » . انظر نقض ١٩٣٦/١١/١٩ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٤٨٧ .

(٢) ولا يعد حجة في نفي هذا الإعسار ، القضاء برفض شهر الإعسار لعدم توافر الإعسار القانوني للمدين . انظر في هذا المعنى : نقض مصري ١٩٧٨/٥/٨ سابق الإشارة .

(٣) وترى محكمة النقض الفرنسية ، أنه يمكن للدائن أن يطعن بالدعوى البولصية ولو كان تصرف مدينه لا يؤدي إلى إعساره ، ما دام هذا التصرف قد تعلق بمال محدد يشكل ضماناً خاصاً للدائن (كعين مرهونة ضماناً لحق هذا الدائن) ، وذلك تأسيساً على أن غش المدين في هذه الحالة ، من شأنه أن يقلل فرصة حصول الدائن على حقه . انظر نقض ١٩٨٠/١٠/١٥ (د . ١٩٨١-٣٤٨ وملاحظة فاسير) . وفي نفس الاتجاه : استئناف باريس ١٩٣٧/٧/٢٣ (د . ١٩٣٩-٣-٨١ وتعليق رادوان) ، نقض (اجتماعي) ١٩٤١/١٢/١٩ (جـ . ك. ب ١٩٤٢-٢-١٨٠٩ وتعليق بيكيه) .

بل قضى بامتداد الدعوى البولصية لتشمل تصرف المدين في مال محدد كان قد وعد الدائن ببيعه له (وبالمخالفة لهذا الوعد) : انظر : نقض (عرائض) =

ويظل التسبب فى الإعسار أو الزيادة فيه أمراً متصوراً حتى ولو كان تصرف المدين معاوضة كأن يبيع بثمن بخس مثلاً أو يشترى بثمن يفوق قيمة الشيء.

١٥٨- على أنه يلزم من ناحية أخرى حتى يكون هناك من مبرر لتذمر الدائن أن تظل حالة الإعسار قائمة حتى وقت رفع الدعوى ، لأنه إذا أصبح المدين موسراً فى هذا الوقت ولأى سبب ، لم يعد للدائن مصلحة فى رفع الدعوى البولصية للطعن فى تصرف كان قد أدى إلى إعسار مدينه.

١٥٩- هذا ويتعين على الدائن وفقاً للقواعد العامة أن يقيم الدليل على إعسار المدين بالمعنى السابق [1] . غير أن المشرع قد خفف من مهمته فى هذا الشأن حين لم يوجب عليه فى المادة ٢٣٩ « إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته – أى المدين – من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . ويكون هذا الإثبات الأخير للمتصرف إليهم أيضاً [2].

= ١٩٢٦/١/١٢ (د . أ ١٩٢٦-١-١١٦) ، وانظر أيضاً : نقض عرائض ١٩٤٠/٨/٢٨ (س ١٩٤٠-١-١٠٢) ، ونقض ١٩٤٨/٤/١٠ (ج .ب ١٩٤٨-١-٢٧٥ ، د . ١٩٤٨-١-٤٢١ وتعليق ليئوان، جـ .ك .ب ١٩٤٨-٢-٤٤٠٣ وتعليق بيكيه ، ر .ت ١٩٤٨ ص ٣٤٥ وملاحظات هنرى وليون مازو ، ص ٣٤٩ وملاحظات كاربونييه) . وانظر فى نقد هذا التوسع مارتى ورينو بند ٦٩٩ .

(١) انظر نقض ١٩٣٦/١١/١٩ سابق الإشارة إليه .

(٢) نقض ١٩٧٩/١٢/٦ طعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ق ، وفيه تضيف أنه « ولا يعتبر ذلك منهم دفعاً بالتجريد إنما هو إثبات لتخلف شروط الدعوى المذكورة وهو تسبب التصرف فى إعسار المتصرف أو فى زيادة إعساره » . مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٩٦ .

٢- الغش :

١٦٠- لا يكفى أن يكون تصرف المدين قد أضر بالدائن لما أدى إليه من إعساره أو الزيادة فيه ، وإنما يلزم أيضاً أن يكون المدين قد قصد بهذا التصرف إلى هذه النتيجة . أو كما عبرت المادة ٢٣٨ ، أن يكون التصرف « منطوياً على غش من المدين ».

ووفقاً للقواعد العامة فى الإثبات ، سيكون من المتعين على الدائن أن يقيم الدليل على هذا الغش ، بمعنى أن يثبت أن المدين قد قصد بتصرفه إلى التخلص من الوفاء بالتزامه فى مواجهة الدائن عن طريق إنقاص ضمانه العام على أمواله . غير أنه نظراً لصعوبة هذا الإثبات فقد أقام المشرع فى المادة ٢٣٨ لمصلحة الدائن قرينة يكفى بمقتضاها « لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر »[١] . حين يتعين على هذا الأخير ، إذا شاء ، أن يدحض هذه القرينة ، بإقامة الدليل على أنه بالرغم من علمه إلا أنه كان لا يقصد بالتصرف الإضرار بدائنه وإنما كان يحدوه فيه باعث مشروع (كحصوله على حاجاته الضرورية ، أو ترويج أمواله بهدف الوفاء بحقوق الدائنين مما تدره من ربح كان يتوقعه).

* * *

---

(١) والفقه الفرنسى لا يستلم ، بدوره ، للقول بوجود الغش فى جانب المدين ، أن يكون هذا الأخير قد تعمد الإضرار بالدائنين ، وإنما يكفى ، لذلك ، علم المدين بالضرر الذى سوف يسببه للدائنين نتيجة لما سيؤدى إليه تصرفه من إعساره أو للزيادة فى هذا الإعسار . انظر فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٥٩ ، وفى نفس الاتجاه : استئناف مونبلييه ١٩٣٢/٧/٧ (د . ١٩٣٣-٢-٩٧ وتعليق مارسيل ناس) .

١٦١- غير أنه إذا كان تصرف المدين معاوضة ، فإنه يلزم في الواقع حماية المتصرف إليه حسن النية الذى لا يعلم شيئاً عن مقاصد المدين (المتصرف) . لذلك تستوجب المادة ٢٣٨ لإمكان الطعن بالدعوى البولصية فضلاً عن غش المدين ، أن يكون من صدر له التصرف « علي علم بهذا الغش » [١][٢] . وقد أقام المشرع في هذه الحالة بدورها ، قرينة لمصلحة الدائن يعتبر بمقتضاها « من صدر له التصرف عالماً بغش المدين . إذا كان قد علم أن هذا المدين معسراً » [٣][٤][٥].

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الشرط ، نقض ١٩٣٧/٥/٢٧ وفيه قالت المحكمة : « لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام الدعوى البولصية عليها، فالحكم الذى لا يأبه بعدم حصول التواطؤ بين المتعاقدين يكون حكماً مخالفاً للقانون متعيناً نقضه » مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٤٩٠ .

(٢) ورغم أن المادة ١١٦٧ مدنى فرنسى لا تستلزم هذا الشرط ، إلا أنه شرط مسلم به في الفقه ، أخذا بتقاليد هذه الدعوى في القانون الرومانى . أشار لذلك كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٢٦٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض المصرية ، بأن استخلاص علم المتصرف إليه ، أن التصرف سبب إعسار المدين ، هو من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع . نقض ١٩٧٥/١٢/٨ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص١٥٨٠ . نقض ١٩٧٨/٥/٨ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٤٩٦ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥٣/١٠/١٥ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٤٩٣ .

(٥) أما في فرنسا ، حيث لا نص ، فإن الفقه يرى أن عبء الإثبات هذا يقع على الدائن . في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبيز بند ٢٦٠ ، ومن تطبيقات القضاء نقض (عرائض) ١٩١٣/١/٦ (د . ١٩١٤-١-٤٠) ، إذ قضت بضرورة أن يثبت أن المتصرف إليه كان يعرف هو الآخر مركز المدين والعواقب التى يمكن أن يسببها تصرفه للدائنين . وأنظر أيضاً : مونبيلييه ١٩٣٢/٧/٧ سابق الإشارة .

وهكذا يلزم فى المعاوضات ، ونظراً لضرورة استقرار المعـاملات ، أن يكون هناك غش من جانب المدين ، وتواطؤ من جانب المتصرف إليه[1][2] . وأن « يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه »[3].

وبديهى أن للمتصرف إليه أن ينفى القرينة على تواطئه ، المستفادة من

---

(١) انظر : نقض مصرى ١٩٧٣/١٢/٤ المجموعة السنة ٢٤ رقم ٢١١ ص١٢١٣ ، نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة ٢٢-٨٩-٥٦٥ ، وفى فرنسا نقض ١٩٨٣/١/٢٥ (د . ١٩٨٣-أ-ر-٣٠٦) .

(٢) وبديهى أن تقدير دليل التواطؤ والعلم بإعسار المدين ، كشرط لعدم نفاذ تصرفه ، هو من المسائل التى تترك لمحض سلطة محكمة الموضوع التقديرية . فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص١١٨٥ .

(٣) نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة السنة ٢٢ ص٥٦٥ ، وقد رتبت على ذلك أنه « إذ كان الحكم المطعون فيه - بعد أن اثبت أن الطاعن اشترى العقار موضوع الدعوى ، وثبت فى عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثانى أن العين المبيعة محملة برهن رسمى للمطعون عليها الأولى ضماناً لدينها قبل المطعون عليه الثانى البائع - وأن هذا الرهن سابق فى القيد على تسجيل عقد شراء الطاعن ، واستخلص الحكم من شهادة شاهدى المطعون عليها الأولى فى هذا الخصوص ومما شهد به شاهد الطاعن من أنه احتجز جزءا من الثمن لوجود الرهن ، قيام التواطؤ بين المطعون عليه الثانى وبين الطاعن تأسيساً على أن هذا الأخير كان يعلم أن التصرف يؤدى إلى إعسار المطعون عليه الثانى ، مع أن الثابت من الحكم أن الطاعن أقبل على الشراء وهو على بينة من الدين ومن الرهن المقيد على العين المبيعة ضماناً لهذا الدين ، والذى يخول للمطعون عليها الأولى تتبع العقار فى أى يد تكون ، ثم رتب الحكم على ذلك قضاءه بعدم نفاذ العقد الصادر من المطعون عليه الثانى للطاعن - فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال » .

وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٣/١٢/٤ المجموعة السنة ٢٤ ص١٢١٢ ، نقض ١٩٧٨/٥/٨ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٩٥ .

علمه بأن المدين كان معسراً وقت أن تصرف إليه – بأن يثبت عكسها . ويتعين على المحكمة ، حالئذ ، أن تمحص الدليل المقدم منه في هذا الشأن وتقول فيه كلمتها ، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور في التسبيب »[1].

١٦٢– أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعاً فإن من حق الدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية « ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » [2] (م٢/٢٣٨).

والحكمة في التفرقة الثانية بين التبرعات والمعاوضات ، أن الغير الذي تعاقد بعوض مع المدين إنما يسعى إلى درء مغرم حين أن من كسب المال تبرعاً إنما يسعى إلى جلب مغنم . وقد فضل الشارع مصلحة الأول على مصلحة الثاني تحقيقاً للعدالة.

---

(١) انظر : نقض ١٩٤٣/٤/١ ، وقد جاء فيه ، ترتيباً على ذلك ، أنه : « إذا كان المشترى قد تمسك بأن البيع الصادر إليه إنما كان تسوية لمعاملات سابقة بينه وبين البائع، مستنداً في ذلك إلى عقود مسجلة وإلى مستندات أخرى قدمها لتأييد دعواه ، فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث والتمحيص لكي تقول كلمتها فيها ، بل استخلصت من مجرد علم المشترى بدين غيره على مدينه دليلاً على تواطئه مع البائع ، وحكمت في الدعوى على هذا الأساس ، فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور في أسبابه » . مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٤٩١ .

وانظر بالمقابلة ، نقض ١٩٧٣/١٢/٤ وقد جاء فيه : « وإذ كان يبين مما قرره الحكم المطعون فيه وأسس عليه قضاءه أنه استخلص من أقوال الشهود والقرائن التي أوردها أن المتصرف إليه – مشترى العقار – لم يكن يعلم أن التصرف يؤدى إلى إعسار – البائع – ورتب على ذلك عدم توافر الغش في جانب المتصرف إليه بما ينتفي معه أحد أركان دعوى عدم نفاذ التصرف ، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً » . مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٤٩٥ .

(٢) في هذا المعنى أيضاً : نقض فرنسي ١٩٨١/٤/٢٣.(د . ١٩٨١ – ٣٩٥) .

تصرف المتصرف إليه فيما تلقاه من المدين :

١٦٣- قد يتصرف المتصرف إليه فى الشىء الذى آل إليه من المدين لشخص ثالث . فنكون بهذا الشكل أمام تصرفين :

تصرف من المدين إلى متصرف إليه أول ، ثم تصرف من هذا الأخير إلى متصرف إليه ثان . وقد واجه المشرع هذا الفرض ونظم حكمه على أساس من ضرورة النظر إلى كل تصرف على حدة ، ومـا إذا كـان هـذا التصرف معاوضة أم تبرعاً ، ليتعين على الدائن أن يقيم الدليل على الغش والتواطؤ حسب ظروف كل تصرف . فتقضى فى هذا الشأن الفقرة ٣ من المادة ٢٣٨ بأنه « وإذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشىء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعد نفاذ التصرف ، إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش أن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً ».

وهكذا يمكن تصور الفروض الاربعة التالية :

١- أن يكون كل من التصرف الأول (فى العلاقة بين المدين والمتصرف إليه الأول) والتصرف الثانى (فى العلاقة بين المتصرف إليه الأول والمتصرف إليه الثانى) معاوضة : عندئذ يتعين إقامة الدليل على الغش والتواطؤ فى التصرفين ، بمعنى أن يثبت الدائن غش المدين وعلم المتصرف إليه الأول وعلم المتصرف إليه الثانى

بهذا الغش[1].

٢- أن يكون كل من التصرف الأول والتصرف الثانى تبرعاً عندئذ لا يشترط غش المدين أو المتصرف إليه الأول أو المتصرف إليه الثانى.

٣- أن يكون التصرف الأول معاوضة والثانى تبرعاً : وعندئذ يتعين على الدائن أن يثبت غش المدين وعلم المتصرف إليه الأول ، ولا يلزم بإثبات علم المتصرف إليه الثانى.

٤- أن يكون التصرف الأول تبرعاً والثانى معاوضة : وعندئذ لا يشترط إثبات غش المدين أو علم المتصرف إليه الأول ، وإنما يلزم إثبات علم المتصرف إليه الثانى بأن المدين كان معسراً وقت تصرفه للخلف الأول.

وقد أجملت هذه الأحكام الفقرة/٣ من المادة ٢٣٨ بقولها : « وإذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشىء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعد نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم بغش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً ».

آثار الدعوى البولصية :

١٦٤- ليس من الدقة أن توصف هذه الدعوى بأنها دعوى

(١) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض : نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ المجموعة السنة ١٩ ص١٢٨٢ .

إبطال[1][2] التصرفات الصادرة من المدين إضراراً بدائنيه ، مادام أن

(١) ومع ذلك فقد كان هذا الوصف هو الذى استعمله المشرع فى التقنين المدنى القديم (مادة ١٤٣) . ولذلك جرى قضاء النقض على استعماله أيضاً فى الدعاوى التى كانت خاضعة لتطبيق ذلك التقنين . انظر مثلاً ، من هذه الأحكام : نقض ١٩٣٦/١١/١٩ ، نقض ١٩٤٣/٤/١ ، نقض ١٩٥١/٤/١٩ ، مشار إليها فى معوض عبدالتواب صفحات ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ على الترتيب ، وانظر أيضاً نقض ١٩٥٥/٦/٢ ، وفيه تقول المحكمة « متى تحققت الشروط المقررة لبطلان التصرف تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم ، فإن مؤدى ذلك أن تعود ملكيته العين المتصرف فيها ، إلى البائع ، ويكون من حق المشترى الذى لم يسجل عقده ، بوصفه دائناً بالثمن ، التنفيذ عليها جبراً استيفاءً لدينه . . » المجموعة السنة ٦ ص١١٨٥ .

ولئن كانت الأحكام الصادرة فى ظل تطبيق التقنين المدنى الحالى ، لم تعد تستعمل لفظة البطلان ، إلا أن هذه اللفظة وردت – للأسف – فى بعض الأحكام الصادرة فى دعاوى خاضعة لهذا القانون (أى للمادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨) . انظر مثلاً نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة السنة ٢٢ رقم ٨٩ ص٥٦٥ .

بل وثمة أحكام ظهر فيها كل من اللفظين فى آن واحد « عدم النفاذ » « والبطلان » . انظر مثلاً : نقض ١٩٥١/٤/١٩ مشار إليه معوض عبدالتواب ص٤٩٧ وقد جاء فيه .

« الدعوى البولصية ليست فى حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه فى حق هذا الدائن وبالقدر الذى يكفى للوفاء بدينه . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه وإن قضى فى منطوقه بإبطال الوقف إلا أن ما أورده فى أسبابه يفيد أن هذا الإبطال لا يكون بالا بالقدر الذى يكفى للوفاء بالباقى للمطعون عليه الثانى من دينه .... الخ » .

(٢) وممن رأوا فى هذه الدعوى دعوى بطلان ، وإن كان من نوع خاص : جوسران بند ٧٠٤ .

راجع فى طبيعة هذه الدعوى :

J-ACHER : Essai sur la nature de l'action paulienne, Rev . trim . 1906 p. =

البطلان هو وصف يلحق تصرفاً قانونياً لم يستكمل الشروط التى يستلزمها القانون لقيامه، حين أن التصرف الذى يطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية هو تصرف صحيح تماماً بين طرفيه [1] ويظل على صحته . وكل ما يقصده الدائن من هذه الدعوى هو اعتباره من الغير فى خصوص هذا التصرف حتى لا يحتج به فى مواجهته.

ومن هنا جاءت تسمية هذه الدعوى بأنها دعوى عدم نفاذ التصرفات فى مواجهة الدائن . لأنه فيما عدا هذا الأثر يبقى التصرف قائماً بين طرفيه (المدين والمتصرف إليه) . وفى ذلك تقول محكمة النقض « الدعوى البولصية ليست فى حقيقتها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضراراً بدائنه ، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين ، بل يظل هذا العقد صحيحاً وقائماً بين عاقديه منتجاً كافة آثاره القانونية بينهما » [2]،[3].

بل إن عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن إنما يكون – كما تقول محكمة

= مارتى ورينو بند ٧١٩ إلى ٧٢٢ ، ستارك بند ٢٥٨٢ ، ود . السنهورى بند ٥٩٩، د . أبو ستيت بند ٦٤٥ ، د . الصده بند ٥٦ ، د . البدراوى بند ١١٣ .

(١) وفى ذلك ، تقول الأعمال التحضيرية : « لما كانت الدعوى البوليصة دعوى افتقار أو عدم نفاذ فهى لا تمس صحة التصرف . . » . مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٤٩٧ .

(٢) نقض ١٩٧٢/٦/١٣ المجموعة السنة ٢٣ ص١١٠٥ .

(٣) وقد فرعت على ذلك محكمة النقض (رغم وصفها للدعوى البولصية بأنها دعوى إبطال) أنه لا يجوز لمن يطلب تثبيت ملكيته لعين « أن يطلب بطلان تصرف حصل للغير ممن باع له هو هذه العين بدعوى تواطؤ هذا البائع مع المشترى الثانى على الإضرار به ، وذلك لأن كلا من الدعويين (تثبت الملكية ، والبطلان) تتنافى مع الأخرى » . نقض ١٩٣٧/١٢/٩ سابق الإشارة إليه .

النقض – « بالقدر الذى يكفى للوفاء بدينه » [1].

١ – عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائن :

١٦٥– يترتب على نجاح الدعوى البولصية عدم نفاذ تصرف المدين فى مواجهة الدائن . فيبقى لهذا الأخير الحق فى التنفيذ على المال موضوع التصرف ، كما لو كان لم يخرج من ذمة المدين المالية.

« ولا يغيِّر من هذا فى شيء ، أن يكون التصرف (المطعون فيه) سجلاً، فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع دائنه ، فى مواجهة المتصرف إليه الذى يطلب تثبيت ملكيته استناداً إلى عقده المسجل ، بالدعوى البولصية . وليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها » [2].

غير أن هذه النتيجة وفقاً للمادة ٢٤٠ مدنى لا يستأثر بها الدائن رافع الدعوى وحده [3]، لأنه بموجب هذه المادة « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم » [4] .

(١) انظر نقض ١٩٥١/٤/١٩ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٩٧ .

(٢) نقض ١٩٥٠/٣/٣٠ ، نقض ١٩٥٥/٦/٢ مشار إليهما فى معوض عبدالتواب، الصفحات ٤٨٨ ، ٤٩٣ على الترتيب .

(٣) انظر عكس ذلك ، وتطبيقاً لمبدأ نسبية أثر الحكم : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٦٨ ، وانظر أيضاً : جوسران بند ٧٠٢ ، نقض ١٩٢٣/١٢/٤ (د . أ ١٩٢٤-٢٢ ، س١٩٢٤-١-٢٥٤ وتعليق كولان) .

(٤) ويشير جوسران (بند ٧٠٢) إلى أن البعض فى الفقه وبعض أحكام القضاء ، كان يأخذ بهذا الحل أيضاً ، وذلك قياساً على الدعوى غير المباشرة ، وتأسيساً أيضاً على فكرتى الوكالة والفضالة . فى معنى أن الدائن رافع الدعوى البولصية يكون قد تصرف كوكيل أو فضولى عن باقى المدينين . ويذكر أن هذا الاتجاه أصبح مهجوراً : =

ولعل ما قررته هذه المادة ، بالمخالفة لقاعدة نسبية أثر الحكم ، يقضى على جانب كبير من الأهمية العملية للدعوى البولصية طالما أن الدائن الذى يتحمس إلى رفعها ، يعلم منذ البداية أنه لن يستأثر بحصيلتها وإنما سيشاركه فيها من لم يقتسم معه من الدائنين الآخرين مشقة رفعها . على أن يكون من المفهوم أننا نقصد بالدائنين الآخرين فى هذا الصدد ، الدائنين الذين توافر فيهم شروط رفع الدعوى البولصية ، بمعنى الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف المطعون فيه.

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنه لئن كان من شأن إجابة المحكمة الدائن إلى طلبه (بعدم نفاذ التصرف) إدخال الحق المتصرف فيه فى الضمان العام للدائنين [1]، إلا أن قضاءها فى هذا الخصوص « من شأنه إخراج الدائن الذى تواطأ مع المدين إضراراً بباقى الدائنين ، من مجموع هؤلاء الدائنين فلا يشترك معهم فى حصيلة الحق المتصرف فيه عند التنفيذ عليه . وليس له أن يقتضى ماله من دين فى ذمة مدينه إلا مما عسى أن يبقى من هذه الحصيلة بعد التنفيذ » [2].

٢- بقاء التصرف صحيحاً فيما بين المتعاقدين [3]:

١٦٦- فيما عدا الأثر السابق يظل التصرف قائماً صحيحاً بين طرفيه،

= فالدعوى البولصية ، على العكس من الدعوى غير المباشرة ، إنما ترفع باسم الدائن شخصياً ، ولأن نية تمثيل الدائنين الآخرين لا تكون فى الواقع لدى الدائن رافع هذه الدعوى .

(١) انظر نقض ١٩٧٢/٦/١٣ المجموعة السنة ٢٣ ص١١٠٥ .

(٢) نقض ١٩٦٥/٦/١٠ المجموعة السنة ١٦ ص٧٢٤ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٩٤ .

(٣) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٢/٦/١٣ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٧٤ ص١١٠٥ .

المدين والمتصرف إليه [1] . وتفريعا على ذلك :

(أ) يكون الباقى من ثمن الشيء بعد التنفيذ عليه (إذا كان موضوع الدعوى البولصية الطعن فى عقد بيع) من حق المتصرف إليه (المشترى) ، لا المدين (البائع).

(ب) للمتصرف إليه أن يرجع على المدين بجميع الدفوع الناشئة من العقد الذى يربطه به . فله مثلاً أن يطلب الفسخ بالنظر إلى ما أدت إليه الدعوى البولصية من عدم تنفيذ العقد . كما يستطيع – إذا كان التصرف الصادر من المدين بيعاً – أن يرجع عليه (مثلما يرجع كل مشترٍ) بضمان الاستحقاق ، وقد ترتب على الدعوى البولصية انتزاع المبيع من تحت يده.

(جـ) للمتصرف إليه ، وقد استوفى الدائن حقه من ماله ، أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب.

٣- تخلص المتصرف إليه من الدعوى :

١٦٧- ويبقى أنه « إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزينة المحكمة » (م٢٤١) [2] . ولا يعدو ما قرره المشرع بهذا النص أن يكون فى الواقع تطبيقاً لمبدأ لا دعوى حيث لا مصلحة لأن الدائن – وقد أعاد من تلقى الحق من المدين ذمة هذا الأخير المالية لوضعها الأصلى ، بمعنى أعاد الضمان العام إلى ما كان عليه قبل التصرف فيه – لا

---

(١) انظر نقض ١٩٧٢/٦/١٣ سابق الإشارة إليه .

(٢) وتعبيراً عن هذا المعنى ، تقول الأعمال التحضيرية للمادة ٢٤١ أن : « لمن صدر له التصرف أن يقيم الدليل على حسن نيته بإيداع ثمن ما آل إليه بمقتضى التصرف وبذلك يتقى آثار الطعن فتسقط الدعوى » .

يكون له من مصلحة في الاستمرار في الدعوى.

تقادم الدعوى البولصية :

١٦٨– ولما كان إمكان الطعن على تصرف المدين بالدعوى البولصية، يجعل نفاذه مهدداً ؛ وكان من غير المقبول أن يبقى هذا التهديد قائماً لمدة طويلة ؛ فقد حدد المشرع لسقوط هذه الدعوى بالتقادم مدة قصيرة ، هي ثلاث سنوات ، تحسب من اليوم الذى يعلم [١] فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف [٢]، وبحد أقصى ، في جميع الأحوال ، خمس عشر سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه (م٢٤٣) [٣].

وتطبيقاً لهذه الأحكام ، جاء فى حكم لمحكمة النقض أن : « مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدنى أن الدعوى البولصية تسقط بأقصر المدتين : الأولى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف فى

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٧/١/١١ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٤٦ ص١٩٤ ، وقد جاء فيه أن : « العلم الذى يبدأ به سريان التقادم الثلاثى فى دعوى عدم نفاذ التصرف هو علم الدائن بصدور التصرف المطعون فيه وبإعسار المدين والغش الواقع منه . واستظهار هذا العلم هو من قبيل فهم الواقع فى الدعوى الذى تستقل به محكمة الموضوع ولا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض متى كان تحصيلها سائغاً » .

(٢) وبديهى أن علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، لا يفترض ، ومن ثم فإن على من يتمسك بهذا الدفع ، أن يثبت هذا العلم وتاريخه ، ولا يكفى إثبات علمه بحصول التصرف . فى هذا المعنى نقض ١٩٧٩/١٢/٦ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص١٧١ .

(٣) انظر نقض ١٩٦٨/٢/٢٩ المجموعة السنة ١٩ ص٤٦٠ وفيه تقول المحكمة، أنه : « إذا لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بسقوط الدعوى البولصية بالتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ٢٤٣ من القانون المدنى فإنه لا يجوز له التحدى بهذا التقادم لأول مرة أمام محكمة النقض » .

حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوى عليه من غش إذا كان من المعاوضات . والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف . ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثى المشار إليه أن يثبت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم » (١).

خاتمة المبحث : مدى إمكان استفادة الدائن من كل من الدعويين ، غير المباشرة والبولصية فى آن واحد ؟

١٦٩- أجابت على هذا التساؤل محكمة النقض بقولها أنه : « وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية تختلفان كل منهما عن الأخرى فى أساسها وشروطها وآثارها ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما فى آن واحد ، إلا أنه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبتين إحداهما بعد الأخرى . وليس من الضرورى أن ترفع الدعوى البولصية استقلالاً ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية أو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك » (٢).

---

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/٦ سابق الإشارة إليه .

(٢) نقض ١٩٥٠/٢/٢ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاماً ص٦٥٢ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٤٨٧ . وانظر أيضاً : نقض ١٩٥٠/٣/٣٠ وفيه قضت بجواز إثارة الدعوى البولصية « كدفع للدعوى التى يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف » ، ونقض ١٩٥٢/٢/١٤ مشار إليهما فى معوض عبدالتواب ، ص٤٨٨ .

المبحث الثالث

دعوى الصورية [1][2]

Action en déclaration de Simulation

تمهيد :

١٧٠- إذا كان المشرع قد كفل للدائنين الحق فى رفع الدعوى غير المباشرة لمواجهة موقف سلبى من جانب مدين مهمل ، والدعوى البولصية لحماية ضمانهم العام من جراء موقف ايجابى من مدين سيئ النية قصد بتصرفه الإضرار بهم ، فإن الضمان العام للدائنين لا يزال يتصور تأثره من جراء اصطناع المدين لمظهر تصرف غير جدى ، لو لم يعلم الدائن حقيقته لأثر ، رغم مظهريته ، على ضمانه العام . هذا المظهر الكاذب الذى يخفى حقيقة تصرف المدين هو ما يعرف بالصورية.

ولذلك ، ولإحكام الحفاظ على الضمان العام ، خول المشرع الدائنين الحق فى الكشف عن حقيقة هذه المظاهر الكاذبة ، وذلك برفع دعوى الصورية.

---

(١) انظر فى هذا الموضوع : أحمد مرزوق : فى نظرية الصورية فى التشريع المصرى . رسالة القاهرة ١٩٥٨ ،

ROCHET (E) : La simulation en droit civil et en droit fiscal . Thèse Toulouse 1906, BREDIN (J.' D.) : Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé . R .T . 1956 p . 261-289; DAGOT (M) : La simulation en droit privé 1967 : PLANIOL (M) : De l'action en déclation de simulation . R . crit 1886 p . 622-642 No 9;

(٢) عالج المشرع الفرنسى ، الصورية ، فى المادة ١٣٢١ ، فى الباب المخصص للإثبات بحسبانها من مسائله ، ناظرا فى ذلك إلى ورقة الضد كمحرر لإثبات صورية العقد الظاهر . راجع فى نقد هذا المنهج (على أساس من أن الأمر يتعلق فى الحقيقة بآثار العقد) : جوجلار (دروس مازو) بند ٨١٢ .

غير أنه يجدر التنويه ، بأن المدين ، فى اتجاهه إلـى إخفـاء حقيقـة تصرفه ، قد لا يقصد بذلك الإضرار بدائنيه وإنما يقصد باعثاً مشروعاً [(١)] . كما أن الصورية بذاتها لا تعتبر سبباً لبطلان التصرف القانونى [(٢)] ، إذ مـن حق الأفراد أن يخفوا حقيقة ما اتفقوا عليه تحت أى مظهر مخالف ، شريطة ألا تكون هذه الحقيقة مخالفة للنظام العام أو الآداب [(٣)] . وعندئذ يكون مـن المتصور أن يلجأ أحد أطراف هذا التصرف الصورى إلـى رفـع دعـوى صورية ، للكشف عن حقيقة التصرف [(٤)] .

وهكذا يجب أن يكون من الواضح أن الصورية نظرية عامـة . وأن دعواها لا تقتصر على مجال حماية الضمان العام للدائنين.

---

(١) كما لو أراد مثلاً أن يهب لشخص ، سبق أن اسدى إليـه معروفـاً ، دون أن يستثير بتبرعه له حفيظة أقربائه ، فيستر الهبة ، مثلاً ، تحت ستار عقد بيع .

(٢) فى هذا المعنى : روشيه ص٣١ . وبعض القـوانين المقارنـة (كالقـانون الألمانى، والإيطالى ، والأسبانى ، والبرتغالى والسويسرى) تقرر هذا المبدأ صـراحة : أشار لذلك داجو ص١٧٤ بند ١٧٢ .

وانظر أيضاً الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٤ . ويلاحظ أن القانون المـدنى القديم كان يجعل فى المادة ١٤٣ منه الإبطال جزاءً للصورية ، وقد أسست هذا الجـزاء محكمة النقض ، على أساس مما فى الصورية « من الإضرار بـالغير » انظـر نقـض ١٢/١٢/١٩٤٠ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٤٠٥ .

(٣) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٢٧٤ .

(٤) إنما يلزم فى هذه الحالة ، وكما أكدته محكمة النقض المصـرية أن يكـون الطعن بالصورية صريحاً جازماً فى معناه . هذا المعنى الذى لا يفيده – مـثلاً – مجـرد الطعن بالتواطؤ والاحتيال « لاختلاف الأمرين مدلولا وحكماً » ، « لأن الصورية إنمـا تعنى عدم قيام المحرر أصلاً فى نية عاقديه ، أما التواطؤ فإنه غير مـانع مـن جديـة التعاقد ، ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له » . نقض ٤/٥/١٩٧٧ المجموعـة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص١١٣٥ .

التعريف الصورية – وأنواعها :

١٧١– يمكننا تعريف الصورية بأنها إخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر مصطنع [١] أو في عبارة أخرى ، اصطناع مظهر كاذب عند إبرام تصرف قانوني وإخفاء هذا التصرف تحت هذا المظهر.

وقد يتصل الإخفاء بالتصرف ذاته ، وقد يرد على أطراف هذا التصرف . وفي النوع الأول تتدرج الصورية من النسبية إلى الإطلاق ، فقد لا تحجب إلا جزءاً من حقيقة التصرف ، وقد تكون مجرد مظهر مصطنع لتصرف لا وجود له في الحقيقة . وهكذا يمكن التمييز بين عدة أنواع من الصورية على النحو التالي :

١– صورة مطلقة ترد على التصرف ذاته [٢]:

١٧٢– حين يتفق العاقدان على اصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه إرادتهما إطلاقاً إليه . أو في عبارة أخرى ، حين تنعدم الحقيقة كلية وراء هذا المظهر الكاذب [٣] . ومثالها : حالة المدين الذي يريد تهريب

(١) ويعرفها كاربونييه بأنها « كذب مدبر بين المتعاقدين »
«Un mensonge concerté entre les contractants»
ص١٢٧ بند ٣٩ .

(٢) وقد عرفتها محكمة النقض بأنها « تلك التي تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة » نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ المجموعة س٢٩ ص١٣٣٧ .

(٣) وتطبيقا لهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية ، بأن العقد الصوري صورية مطلقة لا وجود له ، ومن ثم فلا محل لتوجيه طلب الشفعة إلى المشترين في هذا العقد ، في ١٩٧٠/٤/١٤ المجموعة السنة ٢١ رقم ٩٩ ص٦١٨ ، كما قضت بأن قاعدة الأسبقية في التسجيل لا مجال لإعمالها إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة ، في ١٩٧٠/٥/٢١ المجموعة ٢١-١٤٢-٨٨٦ .

بعض أمواله من ضمان الدائنين ، فيتفق مع شخص آخر على اصطناع مظهر عقد بيع لهذه الأموال حين أنهما فى الحقيقة لم يقصدا إلى هذا البيع ، وبالتالى لم يقبض المدين ثمة شيء من ذلك المشترى الصورى . وعادة يحتاط المدين لنفسه فى مواجهة هذا الأخير فيستكتبه إقرارا يسمى ورقة الضد Contre-lettre بأن هذا البيع لا وجود له فى الحقيقة [1].

٢- صورية نسبية ترد على تكييف التصرف :

١٧٣- حين تتجه الإرادة الحقيقة للمتعاقدين إلى إبرام تصرف معين ولكنهما يتفقان على ستره تحت تصرف آخر يختلف عنه فى الطبيعة ، ومثالها : أن يستر المتعاقدان عقد الهبة فى صورة بيع ، وذلك مثلاً بقصد جعل استعمال الدعوى البولصية أكثر صعوبة ومشقة على الدائنين [2].

٣- صورية نسبية ترد على شرط فى العقد :

١٧٤- كأن يذكر المتعاقدان فى عقد البيع ثمناً مخالفاً لما اتفقا عليه فى الحقيقة : إما بالنقص ، للتهرب من رسوم التسجيل مثلاً ، أو بالزيادة لإعاقة الشفيع مثلاً عن التمسك بالشفعة.

٤- صورية ترد على أحد أشخاص التصرف :

١٧٥- ويطلق على هذا النوع من الصورية اصطلاح

(١) انظر من تطبيقات القضاء للصورية المطلقة : نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ المجموعة س٢٤ ص٩٦٧ ؛ نقض ١٩٧٦/٣/٢٢ المجموعة س١٧ ص٧٢٨ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض من الصورية ، نقض ١٩٥٤/٣/١١ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٧ (حيث كان البيع يخفى رهناً) .

« التسخير »[1][2] . حين يتفق العاقدان على إخفاء شخصية أحدهما وراء شخص آخر إذا كان القانون – مثلاً – يمنع ذى الشخصية المخفية من إبرام تصرفات معينة بسبب صفته . فالمادة ٤٧١ مدنى على سبيل المثال – تمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ، والتى يكون نظرها من اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها . عندئذ ، قد يعمد المتعاقدان – تحايلاً على هذا النص – إلى إخفاء شخصية المشترى (عامل القضاء) تحت ستار شخص آخر يتم تسخيره لهذا الغرض.

على أن التسخير ، الذى يفترض أن تكون حقيقة الشخصية المستورة معلومة للمتعاقد الآخر ، يختلف فى الواقع عما يسمى « بالاسم المستعار »[3] حين تختفى شخصية المتعاقد الحقيقى خلف شخصية آخر يتعاقد مع الطرف الثانى فى العقد ، الذى لا يعلم بحقيقة

---

(١) L'interposition de personnes .

(٢) راجع فى هذا الموضوع : د . محمد شكرى سرور : الصورية بطريق التوسط (دراسة لفكرة تسخير الأشخاص فى المعاملات القانونية) ، بحث على الآلة الكاتبة ،

BOURJUIFNON (P) : Notion juridique de l'interposition de personne Thèse Paris 1960; DAGOT (M) : Interposition de personne (Encyelopédie – Dalloz) . T . 4 2éd; JAUBERT (M) : De divers cas d'interposition de personne, R . crit . 1905 p . 156-175 .

وانظر – من تطبيقات القضاء لهذا الفرض من الصورية – نقض ١٩٧٠/٤/٢٤ المجموعة س٣١ ص١٢٠٢ . وانظر فى وضع هذا الفرض ضمن تعداد فروض الصورية النسبية : نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ سابق الإشارة إليه .

(٣) prêt-nom ، انظر فى تفاصيل التفرقة بينهما : بحثنا ، سابق الإشارة ، الصفحات من ٢٥-٣١ .

شخص الطرف الأول [1].

٥- صورية ترد على سبب العقد :

١٧٦- وتواجه المادة ١٣٧ مدني فرض صورية سبب العقد ، فتنص في الفقرة الثانية منها [2] على أن السبب المذكور في العقد « يعتبر .. . هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ».

مفترضات الصورية [3]:

١٧٧- ويبدو مما تقدم أن هناك أموراً أربعة يجب توافرها حتى تتحقق الصورية : فيجب - أولاً - أن يكون هناك عقدان ، عقد حقيقي اتجهت إليه إرادة الطرفين وعقد صوري [4] . ويجب - ثانياً - أن يختلف العقدان من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط . ويجب - ثالثاً - أن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن الاسم المستعار يكون ملتزماً شخصياً وبشكل مباشر ، في مواجهة من تعاقد معه بهذه الصفة ، حتي ولو كان هذا المتعاقد الآخر يعلم بهذه الصفة ، نقض (تجاري) ١٩٨٢/٤/٢٦ (د . ١٩٨٢-أ .ر-٣٥٢) .

(٢) أما الفقرة الأول فتنص على أن « كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، مالم يقم الدليل على غير ذلك » .

(٣) انظر في التفرقة بين الصورية وبين بعض الأنظمة التي قد تقترب منها ، وبالأخص عيوب الرضا (الغلط والتدليس) والغش ، والتحفظ الذهني ، والتكييف الخاطئ . بحثنا سابق الإشارة ، الصفحات من ١٣-٢٥ .

(٤) وفي فرض الصورية المطلقة (التي تتناول وجود العقد ذاته) ، تكون ورقة الضد هي العقد الحقيقي . انظر : نقض ١٩٦٨/٥/٣٠ المجموعة س١٩ ص١٠٤٥ .

يتعاصر العقدان بمعنى أن يتما فى وقت واحد ، وإلا كان اللاحق منهما بمثابة تعديل للسابق [1] . على أن يكون من المفهوم أن العبرة هنا هى بالمعاصرة الذهنية [2] التى تتحقق إذا اتفق على الصورية وقت إبرام العقد الأول حتى ولو حررت ورقة الضد فى تاريخ لاحق . كما يجب – رابعاً وأخيراً – إخفاء التصرف الحقيقى وإبراز التصرف المصطنع.

شروط دعوى الصورية التى يرفعها الدائن للحفاظ على الضمان العام :

١٧٨– إذا أراد الدائن [3] أن يرفع دعوى الصورية كوسيلة للمحافظة على ضمانه العام ، فإنه ، وهو لا يقصد أكثر من إثبات حقيقة تصرف المدين ، لا يشترط فى حق هذا الدائن سوى أن يكون خالياً من النزاع [4]، حتى ولو كان غير مستحق الأداء . كما لا يشترط فى هذا الحق أن يكون سابقاً على التصرف المطعون فيه [5] . ولا أن يكون المدين قد قصد بالتصرف الصورى الإضرار بالدائن [6] حتى ولو كان هذا التصرف

---

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ١٦٩١ .

(٢) فى هذا المعنى : د . السنهورى بند ٦١٤ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٠٤ ، وقرب : ستارك بند ١٦٩١ ، ومن أحكام القضاء المصرى نقض ١٩٤٩/١٢/١ المجموعة السنة ١ رقم ١٣ ص٤٨ ، نقض ١٩٤٩/١٢/١٥ المجموعة ١–٣٠–١٠٢ .

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن لكل ذى مصلحة فى الكشف عن صورية تصرف ، أن يرفع دعوى الصورية . ولا يحدد القانون المصرى ، ولا القانون الفرنسى مدة يتعين رفع هذه الدعوى خلالها . انظر فى هذا المعنى : ستارك بند ١٧٢٤ .

(٤) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٨٣ ص٩٣٢ .

(٥) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٤٠/١٢/١٢ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٠٤ .

(٦) فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٩٦٧/٢/٧ (د . ١٩٦٧–٢٧٨) .

معاوضة . ولا أن يكون هذا التصرف قد سبب إعسار المدين . وإن كان الغالب فى هذا الفرض الأخير ، أن الدائن لن يتحمس إلى رفع الدعوى حين لن تكون له فى الأعم الأغلب مصلحة فى رفعها (١).

---

(١) ويجوز للدائن إذا طعن على تصرف مدينه بالصورية وأخفق فى دعواه ، أن يرفع بعد ذلك دعوى عدم نفاذ هذا التصرف فى مواجهته (الدعوى البولصية) . كما يمكنه أن يجمع بين الطعن بالصورية وبعدم النفاذ فى دعوى واحدة . إنما لا يجوز له ، على العكس ، بعد أن يرفع دعوى عدم النفاذ ابتداء ويخفق فيها ، أن يعود فيرفع دعوى الصورية . راجع فى هذه المعانى ، وفى تعليل عدم الجواز الأخير : نقض ١٩٧٧/٥/٤ . المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٤ ص١١٢٥ ، نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة ٢٥-١٢٧-٧٧٣ .

وانظر – فى حكم مطول – قارن بين دعوى الصورية والدعوى البولصية واختلافهما : من حيث توجيه الطعن ، ومن حيث الغرض من كل منهما ، ومدى جواز الخيرة أو الجمع بينهما : نقض ١٩٤٠/١٢/١٢ سابق الإشارة إليه ، وفيه قالت المحكمة : « إنه بمقتضى المادة ١٤٣ من القانون المدنى (القديم) يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله إما بالدعوى البولصية وإما بدعوى الصورية ، والدعويان وإن كانتا تتفقان من ناحية أن أساس إبطال التصرف فيهما هو الإضرار بالغير ، إلا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض . ففى الدعوى البولصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ، ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لإمكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه منه . أما فى دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وتقرير أن العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها عنه آخر أو نفذ عليها بالصورية دائن له كان ذلك صحيحاً ، وإذن فلمن يطعن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويين الدعوى التى يتحقق بها غرضه . فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ، ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته ، وكانت مع ذلك قد عرضت فى أثناء البحث إلى الدعوى البولصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزيداً لا يستوجب نقض الحكم . ثم إن مدعى الصورية له أن يضم إلى طلب ملكيته للأرض موضوع الدعوى طلب إبطال التصرف الذى حصل فيها . وفى هذه الحالة يكون الحكم بثبوت الملك للمدعى وبإبطال التصرف لثبوت صوريته سليماً ....» .=

إنما « الطعن بالصورية (المطلقة) الذى يجب علىَ المحكمة بحثه والبت فيه ، يلزم أن يكون صريحاً فى هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال ، لاختلاف الأمرين مدلولاً وحكماً . لأن الصورية إنما تعنى عدم قيام المحرر أصلاً فى نية عاقديه ، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له » [1].

= وانظر أيضاً : نقض ١٩٧١/٧/٢٥ المجموعة س٢٢ ص٢٢٨ وفيه قضت بأن : « دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى بغية استبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه ، فإذا أخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه ، بغية إعادة المال إلى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخيرة يحاول إثبات الصورية أولاً فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى الأخرى » .

وانظر أيضاً ، نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة س٢٥ ص٧٧٣ ، وفيه قالت :

« إنه وإن كان الطعن بالدعوى البولصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف ، مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معا إذا كان الدائن يهدف بهما إلى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه » .

(١) نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة س٢٨ ص١١٣٥ .

وكان الواقع ، فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم ، هو أن الطاعنة لم تدفع بصورية عقد الإيجار الصادر للمطعون عليه (الثانى) أمام محكمة أول درجة ، وإنما بنت دفاعها على أن عملية القرعة التى جعلت منها سندها فى مدعاها أجريت بمعرفة المالك – المطعون عليه الأول – وساقت على ذلك ... عدة قرائن تنم عن التواطؤ بين المالك وبين قريب المطعون عليه (الثانى) بدليل تحرير العقد فى مقر الشرطة وتأخر المستأجر فى استلام الشقة من شاغلها وقتذاك . ورأت محكمة النقض أن « هذا لا يعنى التمسك على نحو جازم قاطع بصورية هذا العقد » . وانظر أيضاً : نقض ١٩٥٨/٤/٣ المجموعة س٩ ص٣٣٠ .

كما أنه لا يقبل التمسك بالدفع بالصورية ، لأول مرة ، أمام محكمة النقض [1].

وبدهي أن الطعن بالصورية لا يقبل أيضاً إلا « ممن له مصلحة فيه ، وفى حدود هذه المصلحة » [2].

١٧٩- ويقف وراء تخفف دعوى الصورية من كثير من شروط الدعوى البولصية كما هو واضح ، أن الأخيرة أشد خطراً من الأولى ، إذ يهاجم بها الدائن تصرفاً حقيقياً أضر بحقوقه ، توصلاً إلى عدم نفاذه فى مواجهته . فتمثل بهذا الشكل قيداً على حرية المدين فى التصرف . حين لا يترتب على الثانية تفويت إرادة المتعاقدين ، وإنما على العكس يقتصر الدائن برفعها على إثبات حقيقة هذه الإرادة بإثبات صورية التصرف الظاهر.

أحكام الصورية :

١٨٠- تختلف أحكام الصورية فى العلاقة بين المتعاقدين عنها بالنسبة للغير :

---

(١) نقض ١٩٨٠/٢/١٢ لمجموعة س٣١ ص٤٧٦ ، نقض ١٩٥٦/٦/٧ المجموعة س٧ ص٧٠١ وانظر نقض ١٩٤٤/٢/٣ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٤ وفيه قضت المحكمة بأن البحث فى كون العقد حقيقياً أم صورياً هو من سلطة محكمة الموضوع بشرط إقامة قضائها على أسباب سائغة مستمدة من الأوراق .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٢/٢/٨ المجموعة س١٣ ص٢١٥ . وفيه رتبت المحكمة على هذا المبدأ أنه : « إذا كان المشترى الثانى قد طعن على العقد الصادر من نفس البائع إلى المشترى الأول (عن أطيان من بينها الأطيان المباعة للمشترى الثانى) قاصداً إهدار هذا العقد فى خصوص القدر الذى اشتراه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى رفض دعوى صحة ونفاذ عقد المشترى الأول فيما زاد على القدر الذى اشتراه المشترى الثانى استناداً إلى صورية العقد ، يكون قد خالف القانون فى هذا الخصوص » .

١ - فى العلاقة بين المتعاقدين ومن فى حكمهم :

١٨١ - قلنا أن الصورية تتم بالاتفاق بين طرفى تصرف على حجب حقيقة ما اتجهت إليه إرادتهما وراء مظهر كاذب . ومن ثم فإن المنطقى أن يكون التصرف الحقيقى (المستور) هو الذى يعتد به فى مواجهة المتعاقدين بحسبانه التصرف الذى يعكس إرادتهما الحقيقية . ويأخذ حكم المتعاقدين فى هذا الشأن خلفهما العام (كالورثة) وفى هذا الصدد تقضى المادة ٢٤٥ بأنه « إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى ».

١٨٢ - ومتى كان ذلك فإنه يجب البحث عن مدى توافر أركان وشروط التصرف القانونى ، وكذا عن مدى صحة الإرادة وسلامتها من العيوب [١] فى التصرف الحقيقى [٢] وليس الصورى . فإذا كان العاقدان - على سبيل المثال - قد أخفيا الهبة فى صورة عقد بيع ، تعين أن تكون الهبة مستوفية كل شرائطها : فيلزم أن يكون البائع الصورى (الواهب فى الحقيقة) أهلاً لمباشرة الأعمال النافعة نفعاً محضاً . كما يمكن للبائع الصورى (الواهب) أن يرجع فى هذا التصرف وفق أحكام الرجوع فى الهبة.

(١)،(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ٢١/١٢/١٩٧٦ المجموعة س٢٧ ص١٨٠١ ، وفيه قضت بأنه : « متى كان يبين من الإطلاع على الأوراق أن الطاعن دفع أولاً أمام محكمة أول درجة بأن البيع الصادر منه إلى المطعون عليها يخفى وصية ، وإذ يحمل هذا الدفع معنى الإقرار بصدوره عن إرادة صحيحة وبصحة العقد كوصية ، فإنه لا يقبل من الطاعن بعد ذلك الدفع فى مذكرة لاحقة بإبطال العقد بأكمله تأسيساً على أنه أبرم تحت تأثير الاستغلال مما يعيب الإرادة ، ومن ثم فلا محل لتعييب الحكم إن هو لم يرد على هذا الدفاع » .

ولا يبقى من أهمية لستر الهبة فى صورة عقد البيع إلا من حيث إعفاءها من شرط الشكل.

١٨٣- لكن لما كانت الصورية ترد على خلاف الأصل ، تعين على من يدعى من المتعاقدين (أو من ورثته)[١] صورية التصرف الظاهر ، أن يثبت حقيقة ما يدعيه بإثبات التصرف الحقيقى[٢][٣] . فإذا كانت قيمة هذا

(١) انظر نقض ١٩٧٢/٣/١٦ المجموعة س٢٣ ص٤٢٤ . مع تحفظ خاص بحالة ما إذا كان الوارث يطعن على عقد بيع صادر من المورث ، بالصورية ، بأنه يخفى وصية سنعرض له فى موضع لاحق . انظر لاحقاً بند ١٨٤ ص ٢٠٩ وما بعدها .

(٢) « فإن عجز ، وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد ، لأنها تعتبر عندئذ حجة عليه » . نقض ١٩٧١/١/٥ المجموعة س٢٢ ص٣ (وكان الأمر فى هذه الدعوى يتعلق بطعن على عقد بيع ، من أحد طرفيه ، بأنه يخفى وصية) .

إنما تعين على قضاء الموضوع أن يحقق دفاع مدعى الصورية ، وإذا انتهى إلى رفضه تعيّن تسبيب الحكم وإلاّ يكون قد شابه القصور . انظر من تطبيقات ذلك : نقض ١٩٣٨/١١/٣ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٣ ، ٥١٤ وفيه قضت بأنه : « إذا قضت المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية المدعاة أو نفيها ، ثم ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم وقضت بانتفاء الصورية ، وتركت الوقائع معماة فلم تذكر شيئاً يكشف عن نوع الصورية المدعاة أهي مطلق تنصب على كيان العقد، أم ليست كذلك ، وهل المدعى يرمى بطعنه بها فى العقد إلى أنه أريد به الإضرار بسائر الورثة لمنفعة واحد منهم ، أو أن المورث قصد تهريب ماله من دائنيه ، وكذلك لم تذكر الوقائع التى طلب مدعى الصورية تحقيقتها ، فإن هذا الحكم يتعين نقضه لما قد شابه من القصور » .

(٣) على أن يلاحظ أنه ، بالنظر إلى أن المقرَّر هو أن « الحكم الصادر بين نفس الخصوم لا يكون حجة عليهم فى دعوى أخرى إلا إذا اتحدت الدعويان ، فى الموضوع والسبب » وأن العقود المبرمة بين نفس الطرفين إنما تكون « تصرفات قانونية مستقلة تماماً عن بعضها » حتى ولو كانت من نوع واحد (كأن تكون كلها بيوع مثلاً) فإن :=

الأخير تتجاوز ألف جنيه وجب إثباته بالكتابة . وكــذلك الحــال لــو كــان التصرف الصورى ثابتاً بالكتابة ، إذ يتعين فى هذه الحالة إثبات التصــرف الحقيقى بالكتابة أيضاً [1] ولو كانت قيمته أقل من ألف جنيــه ، لأن مــدعى الصورية فى هذه الحالة يريد إثبات عكس ما ثبت بالكتابة [2]، وهــو مــا لا يجوز إلا بالكتابة أيضاً [3] . اللهم – فى الحــالتين – إلا إذا كــان مــدعى الصورية فى إحدى الحالات الاستثنائية التى تجيز له الإثبات بجميع الطــرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن ، كما لو كان بيده – مــثلاً – مبــدأ ثبــوت بالكتابة [4]، أو كان لديه مانع من الحصول على دليل كتــابى [5]، أو كــان الغرض من الصورية هو الغش أو التحايل على القانون (وهو مــا يعــرف

=« مجرد التمسك بصورية جميع هذه العقود وصدور حكم نهائي بــرفض هــذا الــدفاع بالنسبة لواحد منها ، لا يقيدٌ المحكمة عند الفصل فى صورية باقى العقود » . انظر مــن تطبيقات ذلك : نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ المجموعة س٣١ ص٩٨٤ .

(١) انظر نقض ١٩٨٠/٣/١ المجموعة س٣١ ص٦٧٧ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٤٢/٦/١٨ مشار إليــه فــى معــوض عبدالتواب ص٥١٤ (وكان الأمر فى هذه الدعوى يتعلــق بطعــن فــى عقــد الإيجــار بالصورية وكان الإيجار ثابتاً بالكتابة) .

(٣) انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/٣/١ المجموعة السـنة ٣١ رقــم ١٣٣ ص٦٧٧ ، نقــض ١٩٧٤/٣/٢٦ المجموعــة ٢٥-٩٢-٥٧٥ ، نقــض ١٩٧٢/٣/١٦ المجموعة ٢٣-٦٧-٤٢٤ ، ونقض ١٩٧٦/١٢/٢١ المجموعة س٢٧ ص١٨٠١ ، وفى نفس المعنى انظر جوجلار (دروس مازو) بند ٨٢٨ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ المجموعة السنة ٢٤ رقم ١٤٠ ص٧٩٩ ، ونقض ١٩٣٥/٣/٢٨ مشار إليــه فــى معــوض عبــدالتواب ص٥١٢ ، ونقض فرنســى ١٩٧٠/٧/١٦ (جـــ .ك .ب ١٩٧٠-٤-٢٤٠) ، نقــض فرنسى ١٩٦٥/١٢/١ أشار إليه ستارك ص٥١٣ هــ ٣٤ .

(٥) ويغلب – فى الصورية – أن يكون ذلك المانع أدبياً : انظــر مــن تطبيقــات القضاء : نقض ١٩٥٣/١٢/١٤ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٧ .

بالصورية التدليسية) [1][2] . فإذا نجح مدعى الصورية فى الكشف عنها ،

(١) انظر من تطبيقات القضاء نقض ١٩٧٤/١/٣١ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٤٥ ص٢٥٩ ، نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ المجموعة ٢٥-٩٢-٥٧٥ ، نقض ١٩٧١/٦/٢٢ المجموعة ٢٢-١٢٩-٧٩٢ (وكان الأمر فى هذه الدعوى متعلقاً بتقديم تاريخ عقد لإخفاء صدوره أثناء عته البائع) . وفى فرنسا : نقض ١٩٦٨/١١/١٣ (د . ١٩٦٩-٩٧) ، نقض ١٩٦٤/١١/١٠ (ج .ب ١٩٦٥-١-٦٨ فى خصوص خلف عام) .

نقض ١٩٣٥/٤/١٨ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٣ وفيه قضت المحكمة بأن « صورية البيع التدليسية تثبت بالقرائن فى حق كل من مسّه هذا التدليس ولو كان طرفاً في العقد . فإذا توفرت القرائن المثبته للتدليس والاحتيال على استصدار هذا العقد صورياً واقتضت محكمة الموضوع مع ذلك ممن صدر منه العقد وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كيما تحقق الصورية التى يقول بها ، كان حكمها خاطئاً وجاز لمحكمة النقض عند نقضها الحكم أن تستخلص ثبوت هذه الصورية التدليسية من الأوراق والتحقيقات التى كانت معروضة على محكمة الموضوع » . وانظر أيضاً نقض ١٩٣٧/١١/١٨ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٣ ، ونقض ١٩٣٨/١١/٣ مشار إليه فى نفس المرجع ص٥١٤ .

كذلك ، جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية ، أن عدم خضوع الأماكن ، المؤجرة مفروشة ، للتحديد القانونى للأجرة ، مشروط بألا يكون قصد المتعاقدين هو التحايل على القانون . واعترفت المحكمة ، فى هذا الحكم ، لمحكمة الموضوع ، بسلطتها فى تقدير جدية أو صورية الفرش ، منتهية إلى جواز إثبات الصورية ، فى هذه الحالة ، بكافة الطرق : نقض ١٩٧٨/٢/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٨١ ص٤٠٨ .

وراجع فى حصر هذا الجواز ، فى الفرض الذى يكون التحايل فيه قد تم لمصلحة أحد طرفى التصرف الصورى ، تأسيساً على أن مدعى الصورية فى هذه الحالة يقوم به مانع من الحصول على دليل كتابى على التصرف الحقيقى ، حيث أن من تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقدم له هذا الدليل . وأنه – بالتالى – إذا ما كان التحايل قد تم لمصلحة المتعاقدين معاً وقصد به الإضرار بالغير ، فإنه لا يجوز لأى من طرفى التصرف ولا الخلف العام لهما أن يثبت ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة : د . إسماعيل غانم بند ٨٩ .

(٢) ويلاحظ أن بعض الأحكام فى فرنسا ، تجعل ، من حيث المبدأ ، كل =

وكان الغرض الذى قصد إليه المتعاقدان بها ، هو إخفــاء عــدم مشــروعية عقد ، بستره وراء عقد آخر صحيح ، ترتب على انكشاف الصورية بطلان العقد الحقيقى [1] . أما إذا كان لا يقصد بالتحايل إخفــاء عــدم مشــروعية تصرف ، اقتصر أثر الكشف عن الصورية على منع تحقيق الغرض الــذى قصد إليه المتعاقدان بالتحايل [2][3].

حكم الصورية بالنسبة للوارث خصيصاً (وكيفيــة إثبــات الــوارث صورية عقد مورثه) :

١٨٤- هذا ولئن كان حكم الصورية بالنسبة لورثة المتعاقدين - بمــا فى ذلك القواعد واجبة الإتباع فى إثباتها - هو نفسه حكمها فى العلاقة بــين المتعاقدين، من حيث الأصل ، على ما أشرنا إليه فى موضع سابق ، فيمــا يعنى خضوع الورثة بدورهم لما يخضع له مورثهم من مبدأ عدم جواز إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة بغير الكتابة » [4]، إلا أنه :

فى الحالة التى يعتبر فيها الوارث من الغير بالنسبة للتصرف الصادر

= صورية تفرغ فى محرر رسمى ، تشكل غشاً نحو القانون يجوز إثباته بكل الطــرق . انظر مثلاً : محكمة السين الابتدائية (الاســتئنافية) ١٩٦٥/٥/٢٦ (ج .ب ١٩٦٥-٢-٣٩٠) ، راجع فى نقد هذا الاتجاه جوجلار (دروس مازو) ص٨٣٣ هــ١ .

(١) ومثال ذلك ، أن يكون المشترى الحقيقى هو أحد عمال القضــاء ، ويســخر المتعاقدان (البائع والمشترى الحقيقى) شخصاً آخر للشراء بدلاً منه .

(٢) ومثال ذلك أن يذكر فى عقد بيع ثمن أقل من الثمن الحقيقى لتخفيض رســوم التسجيل ، إذ فى هذه الحالة لا يبطل البيع ، وإنما يكون لمكتب الشهر العقارى المختص ، إذا انكشفت الصورية ، أن يقتضى الرسوم كاملة ، على أساس الثمن الحقيقى .

(٣) راجع فى تفاصيل أثر الصورية على العقد الحقيقى ، ســتارك البنــود مــن ١٧١٢-١٧١٨ .

(٤) انظر نقض ١٩٧٢/٣/١٦ سابق الإشارة إليه .

من مورثه لكونه يمس حقه في الإرث (ذلك الذي يتلقاه الوارث ، في واقع الأمر ، لا من المورث وإنما من القانون مباشرة) ، يكون للوارث أن يطعن على عقد مورثه ويثبت صورية ذلك العقد بجميع طرق الإثبات.

وفي ذلك تقول محكمة النقض : « مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذي أضرَّ بهم ، أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة.. . وذلك عملاً بنص المادة ١/٦١ من قانون الإثبات . ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذي يجوز له إثبات طعنه على العقد (عقد بيع) بأنه يخفي وصية بجميع طرق الإثبات لأن الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضراراً بحقه في الإرث فيكون تحايلاً على القانون »[1].

بل إن للوارث (بعد موت المورث) أن يطعن بالصورية على العقد الذي سبق أن أبرمه المورث ، ولو كان قد وقعَّ عليه كشاهد ، لأن هذه الواقعة حتى وإن كان فيها معنى الإجازة ، إلا أن « إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث . ذلك لأن صفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة » . وقد خلصت – من ذلك – محكمة النقض في أحد أحكامها إلى أنه : « لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإن النعي عليه ، بالخطأ في تطبيق القانون إذ قضى بصورية عقدي البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها. . وقعت عليهما ويعتبر ما ورد فيهما من شروط حجة عليها بحيث يمتنع عليها الطعن فيهما بالصورية –

---

(١) نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ المجموعة س٢٧ ص١٨٠١ .

يكون على غير أساس » [1].

أكثر من ذلك ، فإنه إذا ما نجح الوارث فى إثبات صورية عقد مورثه، وليكن عقد بيع مثلاً صادر لوارث آخر ، فإن الحكم الصادر ضد المورث بصحة ذلك العقد ونفاذه ، لا يكون حجة على الوارث (مدعى الصورية) « لأن الوارث يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه إلى وارث آخر إضراراً بحقه فى الميراث » [2].

إنما نعيد التأكيد على أن هذه الأحكام الاستثنائية لا تنطبق ومن ثم لا يعتبر الوارث فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلا إذا كان هذا التصرف يمسّ حق الوارث فى الإرث : كما لو كان مبنى طعنه فى تصرف مورثه أن هذا التصرف وإن كان فى ظاهره بيعاً متجزاً إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضراراً بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية [3].... . أما إذا كان مبنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هى الاحتيال على قواعد الإرث ، فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة إنما يستمد من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات » [4].

(١) نقض ١٩٧٥/١١/١١ المجموعة س٢٦ ص١٣٩٤ .

(٢) نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٢١ .

(٣) « لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التى تعتبر من النظام العام » . نقض ١٩٧٦/٦/٢٢ المجموعة س٢٧ ص١٣٩١ .

(٤) نقض ١٩٧٦/٦/٢٢ السابق . وفيه انتهت المحكمة إلى القول « ولما كانت الطاعنة قد طعنت بالصورية المطلقة على عقد البيع الرسمى المسجل – الصادر من المورث إلى المطعون عليها – ودللت على تلك الصورية بقيام علاقة الزوجية بين =

٢- بالنسبة للغير :

(أ) المقصود بالغير فى الصورية ، وحقهم فى التمسك بالعقد الحقيقى :

١٨٥- والغير فى الصورية هو « كل من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى » [(١)] . وقد ذكرت المادة ٢٤٤ طائفتين ، على الأخص ، من الأغيار ، وهما : دائنوا المتعاقدين ، والخلف الخاص لكل منهما.

وبديهى أن يكون للأغيار حق التمسك بالعقد الحقيقى متى كانت مصلحتهم فى ذلك ، ومن ثم أن يثبتوا صورية العقد الظاهر الذى يضر بهم [(٢)] . وهم فى إثباتهم لهذا الصورية لا يكونون ملزمين بتقديم دليل كتابى

= البائع والمشترية ، ومن أنها كانت عالمة بحصول التصرف الصادر إلى مورث الطاعنة منذ صدوره ولم تشر الطاعنة إلى أن هذا التصرف فيه مساس بحقها فى الميراث ودفعت المطعون عليها بعدم جواز إثبات الصورية المطلقة إلا بالكتابة ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير سديد » .

وانظر أيضاً : نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٧ وفيه تقول محكمة النقض : « جرى قضاء هذه المحكمة على أن الوارث حكمة حكم المورث ، فلا يجوز له إثبات صورية السند الصادر من مورثه إلى الغير إلا بالكتابة ، إلا إذا طعن فى هذا السند بأنه ينطوى على الإيصاء أو أنه صدر فى مرض موت مورثه » .

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٨/١/١٧ المجموعة ٢٩-٤٧-٢١٨ ، وانظر فى تعريف آخر له بأنه « كل ذى مصلحة ولو لم يكن بينه وبين طرفى العقد المطعون فيه رابطة عقدية » ، نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ المجموعة ٣١-١٧٧-٩٠٤ ، وانظر أيضاً : د . إسماعيل غانم بند ٩٠ .

(٢) وبديهى فى هذا الشأن أن يكون تقدير كفاية أدلة الصورية ، من المسائل التى يستقل بها قاضى الموضوع ، انظر فى هذا المعنى نقض مصرى : ١٩٧٤/١/٢٢ المجموعة ٢٥-٣٧-٢١٦ ، ١٩٧٤/١/٣١ المجموعة ٢٥-٤٥-٢٥٩ ، ١٩٧٠/٤/٢٨ المجموعة ٢١-١١٦-٧١٤ .

عليها ، حتى ولو كانت قيمة العقد الحقيقى تتجاوز ألف جنيه أو كان العقد الصورى ثابتاً بالكتابة . وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٤٤ سابقة الإشارة ، التى تقضى بأن لهم أن يثبتوا الصورية « بجميع الوسائل » [١] . ويبرر هذا الحكم أيضاً ، أن الغير – وهم بالفرض ليسوا طرفاً فى العقد الصورى ، لا يكون بإمكانهم أن يهيئوا لأنفسهم دليلاً كتابياً على صوريته[٢].كما أن العقد الحقيقى – وهم ليسوا طرفاً فيه أيضاً – إنما ينزل منهم منزلة الواقعة المادية [٣]، وهذه يجوز إثباتها بجميع الطرق.

فلدائن البائع الصورى ، على سبيل المثال ، أن يثبت بجميع الوسائل أن البيع الظاهر لا وجود له فى حقيقة الأمر ، حتى يستطيع التنفيذ على المبيع بحسبانه لا يزال فى ملك مدينه.

إنما يجرى قضاء محكمة النقض على أن « الحكم الذى يقضى – بناءً على طلب الدائن – بصورية العقد الصادر من مدينه للغير ، لا يكون حجة على صورية هذا العقد فى دعوى المنازعة فى صحته ، التى تقوم فيما بعد بين طرفيه ، لاختلاف الخصوم فى الدعويين [٤].

وللخلف الخاص أن يثبت صورية العقد الصادر من سلفه متعلقاً بالمال الذى سبق أن نقله السلف إليه . وتطبيقاً لذلك ، قضى بأنه « يجوز لمن كسب من البائع حقاً على المبيع – كمشتر ثان – أن يثبت بكافة طرق الإثبات ،

(١) انظر فى هذا المعنى أيضاً : نقض مصرى ١٩٨٠/٣/٢٦ المجموعة ٣١-١٧٧-٩٠٤ ، ١٩٧٧/١/٣١ المجموعة ٢٨-٦٧-٣٢٨ ، ١٩٧٣/٦/٢٦ المجموعة ٢٤-١٦٨-٩٦٧ .

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ١٧٢٢ .

(٣) فى هذا المعنى : كاربونييه بند ٣٩ ص١٢٩ ، ١٣٠ .

(٤) نقض ١٩٧٢/٣/١٦ المجموعة س٢٣ ص٤٢٤ .

صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلاً ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقداً جدياً ، كما أن التسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدي ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة للتصرف الصوري الصادر من البائع له إلى مشتر آخر »[1] . كما قضى بأن « المشترى يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لمشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشترى الآخر على القرائن وحدها فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات [2] . وبأن « القانون لا يمنع المشترى الذي لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكي يحكم له هو بصحة عقده ولكي يسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة له . ذلك لأنه بصفته دائناً للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له ، من جهة القيام بجميع الإجراءات اللازمة لنقل الملكية ، يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده » [3].

وللشفيع أن يثبت بجميع الوسائل ، صورية البيع الثاني (التالي للبيع الذي يريد أن يشفع فيه) حتى تكون له الشفعة في هذا البيع الأول وبشروطه [4] .

ولعله يكون من المناسب أن نشير في هذا الموضع إلى إمكان إثبات

---

(١) نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ المجموعة س٢٤ ص٩٦٧ .

(٢) نقض ١٩٥٠/١٠/٢٦ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٥١٥ .

(٣) نقض ١٩٣٨/٦/٢٢ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٥١٩ .

(٤) نقض ١٩٨١/٢/٢٤ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٥١١ .

الصورية من قبل الغير بكافة طرق الإثبات ، ولو كان العقد الصورى رسمياً؛ إذ الطعن بالصورية لا يتناول فى الحقيقة سلامة المحرر من الناحية المادية ، وإنما مدى مطابقة ما ورد فيه للحقيقة [1] .

كما يكون من المناسب أيضاً الإشارة إلى جواز الطعن بالصورية ولو كان العقد (الصورى) مسجلاً [2] ، فالتسجيل ، كما تقول محكمة النقض ، « ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى جدياً » [3] . أو كما تقول ، فى حكم آخر ، أن « الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل » [4] .

كذلك يظهر من حكم لمحكمة النقض ، أن للغير (كالخلف الخاص) أن يطعن بالصورية على عقد السلف حتى ولو كان أحد طرفى هذا العقد قد أقر بصحته [5] .

---

(١) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٢٨٠ ، ستارك بند ١٧٢٢ ، وانظر أيضاً : نقض فرنسى ١٩٣٥/١/٧ (س ١٩٣٥-١-١٢٨) : محكمة السين الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٦٥/٥/٢٦ (ج ب ١٩٦٥-٢-٣٩٠) .

(٢) يستوى فى ذلك أن يكون الطاعن بالصورية هو أحد الأغيار أو أحد طرفى العقد الصورى المسجل .

(٣) نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ سابق الإشارة إليه ، وانظر أيضاً الحكم المشار إليه فى الهامش اللاحق .

(٤) نقض ١٩٤٣/٦/٣ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٢٠ .

(٥) انظر نقض ١٩٤٤/٤/٦ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٤ ، وفيه قضت المحكمة بأنه : إذا كان البائع للبائع قد قرر أنه بعد أن باع له القدر المذكور عاد فرد إليه الثمن ، وحصل منه على إقرار بإلغاء البيع ، فإن هذا التفاسخ وإن كان يمكن أن يعتبر عائقاً دون تنفيذ العقد الصادر منه ، إلا أنه إذا كان المشترى الأخير قد تمسك لدى المحكمة بصورية هذا التفاسخ لاصطناعه بعد رفع دعواه للإضرار به ، فإنه يكون =

(ب) حق الغير ، حسنى النية ، فى التمسك بالعقد الظاهر :

١٨٦- وقد يجد الغير مصلحته ، على العكس ، فى التمسك بالعقد الظاهر . ففى البيع الصورى مثلاً ، تكون مصلحة دائن المشترى فى التمسك بالعقد الظاهر ، ليتمكن من التنفيذ بحقه على العين التى اشتراها مدينه . فهل يجوز له ذلك؟

فى الحقيقة ، رغم أن العقد الصورى لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أنه ، على الأقل ، قد أنشأ مظهراً كاذباً ، يمكن أن يتصل بعلم الغير ، الذين يرتبون تعاملهم على أساسه ، وهم فى جهل بحقيقة الأمور . وعندئذ تقتضى فكرة استقرار التعامل ضرورة حمايتهم وإعطائهم من ثم حق التمسك بالعقد الظاهر ، طالما كانوا – وقت تعاملهم [1]– حسنى النية لا يعلمون بأن هذا العقد صورى[2] . وهذا هو ما تقتضى به المادة

= واجباً على المحكمة أن تتحدث عن هذه الصورية بما يكشف عن حقيقة الأمر وإلا كان حكمها قاصر الأسباب ، ولا يُعدّ رداً على الدفع بصورية تعاقد ما ، قول المحكمة أن أحد طرفيه قد أقر بصحته » .

(١) فالعبرة إذن فى تقدير حسن النية هو بوقت التعامل ونشوء الالتزام « وهو الوقت الذى انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه ، وانبنى عليه تعامله » . ومن ثم فإذا كان التعامل الذى تم بين الغير وأحد طرفى العقد الصورى ، متعلقاً بنقل ملكية عقار، يكون العبرة فى تقدير حسن نية هذا الغير هى بوقت إبرام عقد البيع ونشوء الالتزام بنقل الملكية ، وليس بوقت انتقال هذه الأخيرة بالتسجيل . فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٥/١/٢٦ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٥٧ ص٢٥٣ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١١ المجموعة ٢٩-٢٤٠-١٢٢٣ ، ١٩٧٧/١/٣١ المجموعة ٢٨-٦٧-٣٢٨ ، ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة ٢٢-٨٧-٥٥٣ ، وانظر أيضاً نقض فرنسى (عرائض) ١٩٣٧/١٢/٨ (ج.ب ١٩٣٨-١-١٧٩) .

١/٢٤٤ التى نصت على أنه « إذا أبرم عقد صورى ، فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ... ».

١٨٧– وبديهى أن يكون الأصل فى هذا الشأن هو جهل الغير بالعقد المستتر ، بما يعنى أن من يدعى – على خلاف هذا الأصل – علم هذا الغير به ، هو الذى يقع عليه عبء إثبات هذا الادعاء [١] .

١٨٨– ويتبادر إلى الذهن ، فى هذا الموضع ، التساؤل عما إذا كان يلزم لحرمان الغير من التمسك بالعقد الظاهر ، إثبات علمه الفعلى بالعقد المستتر ، أم أنه يكفى فى هذا الشأن ثبوت إمكانية علمه به ؟.

مثل هذا التساؤل يثور ، على الأخص ، فى الفرض الذى تكون فيه ورقة الضد (العقد الحقيقى) قد أشهرت . وفى الإجابة عليه ، يرى بعض الشراح فى مصر ، أنه إذا ما أشهر العقد المستتر ، فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك ، « إذ أنه بشهره لم يعد مستتراً » [٢] . ويؤيد هذا الحل أيضاً جانب من الفقه الفرنسى [٣]، مستندين إلى حجة عملية ، وهى أنه، بعدم ترتيب هذا الأثر على الشهر ، لن يعد بإمكان طرفى الصورية أن يضعا لهذه الأخيرة من نهاية . كذلك سارت محكمة النقض المصرية فى نفس الاتجاه ، وقضت بإمكان الاحتجاج على الغير بالعقد المستتر

---

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١١ المجموعة ٢٩–٢٤٠–١٢٢٣ .

(٢) د . إسماعيل غانم بند ٣٨ .

(٣) راجع فى هذا الاتجاه ، الفقه المشار إليه فى داجو ١٩٦٧ ص١٥٤ هامش ٩٢ .

إذا كان مشهراً [1] . فيما اكتفى الدكتور السنهورى فى هذا الشأن ، بأن يرى فى شهر العقد الحقيقى ، قرينة على علم الغير به ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس [2] .

أما الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى ، وهو ما نميل إليه ، فقد أخذ بالحل العكسى . وأكد أنصاره ، أن سوء النية ، الذى يحرم الغير من التمسك بالعقد الظاهر ، هو الذى يثبت من علمه الفعلى بوجود ورقة الضد وقت نشأة حقه ، وليس فقط إمكان علمه بها . ويرون أنه لا يسوغ لطرفى الصورية – حتى ولو كانا قد قصدا بهذه الأخيرة هدفاً مشروعاً – أن يتذمرا من هذا الحل؛ إذ كان يتعين عليهما – إذا أرادا إعمال ورقة الضد فى مواجهة الغير الذى يجهلها – أن يخطراه بها قبل اكتسابه للحق . هذا إلى أن نظام الشهر ، من أساسه ، إنما هو مقرر لصالح الغير ، فلا يصح أن ينقلب وبالا عليه [3].

صحيح ، نحن نسلم ، أن الغير الذى يهمل الإطلاع على دفاتر الشهر العقار ، يكون مقصراً فى حقه نفسه . لكن طرفى الصورية ليسا – مع ذلك – أولى منه بالرعاية . وليس من السائغ أن نفرض وجوب الارتياب فى سلامة التصرفات الظاهرة ، وإلا لما كان هناك استقرار للمعاملات .

---

(1) انظر نقض ٢٨/١٢/١٩٧٢ المجموعة ٢٣-٢٠٢-١٢٨٥ ، نقض ٢٢/٤/١٩٧١ المجموعة ٢٢-٨٧-٥٥٣ .

(2) د . السنهورى ص ١١٠٢ هامش ٢ ، وقرب :

GHESTIN (J) : (Encyclopédie – Dalloz) T .I . 1975 sous (Simulation) p . 6 No 60 .

حيث يرى أن المسألة تتوقف على الظروف ، وما إذا كان من الممكن القول باستمرار خفاء ورقة الضد رغم شهرها ، أم لا .

(3) انظر الفقه العديد الذى أشار إليه داجو ١٩٦٧ ص١٥٤ هامش ٩٢ ، وانظر فى عرض أوفى لحجج هذا الاتجاه ، داجو السابق بند ١٥٩ الصفحات من ١٥٤-١٥٦ .

وأياً ما كان الأمر في هذه الخلافية ، إلا أنه لا يصح – في تقديرنا – تجاوز ما قيل بشأن أثر الشهر ، والخروج منه بمبدأ عام وهو كفاية ثبوت إمكان العلم بالعقد الحقيقي من جانب الغير حتى لا يعد من حقه التمسك بالعقد الظاهر . فالذي يدحض حسن نية الغير ، هو في الحقيقة ، علمه الفعلي بالعقد المستتر . أما عدم العلم ، ولو كان ناشئاً عن إهمال ، فإنه لا ينفي عنه حسن نيته.

(جـ) فرض تعارض مصالح الأغيار :

١٨٩– ومتى كان للغير ، على ما تقدم ، أن يتمسك بالعقد الحقيقي أو يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان في مصلحته ، وكان حسن النية ، فإنه يمكن تصور وقوع تعارض بين مصالح الأغيار ، الذين تكون مصلحة بعضهم في التمسك بالعقد الحقيقي ، حين تكون مصلحة الآخرين على العكس ، في التمسك بالعقد الظاهر . ففي البيع الصوري ، على سبيل المثال ، تكون مصلحة دائني المشتري في التمسك بالعقد الظاهر حتى يتمكنوا من التنفيذ على المال الذي اشتراه مدينهم (المشتري الصوري) ، حين تكون مصلحة دائني البائع في إثبات صورية هذا البيع والتمسك بالحقيقة ، توصلاً ، مثلاً ، إلى إثبات عدم خروج المال من ذمة مدينهم (البائع الصوري) حتى يتمكنوا من التنفيذ عليه بحقوقهم.

وقد حسم المشرع هذه المشكلة لصالح الطائفة التي تتمسك بالعقد الصوري أخذاً بفكرة ضرورة استقرار المعاملات ورعاية للغير حسني النية الذين اطمأنوا إلى العقد الظاهر ورتبوا تعاملهم على أساسه . وفي هذا الشأن تقضي المادة ٢/٢٤٤ بأنه « إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون

بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين » [1] .

البحث فى كون العقد حقيقاً أم صورياً ، هو من سلطة محكمة الموضوع [2].

١٩٠– وتطبيقاً لذلك ، قُضِىَ بأن « البحث فى كون البيع الصادر من مورث لولديه حقيقياً أو صورياً... . هو من المسائل الموضوعية التى قوامها الوقائع . فما تستظهره محكمة الموضوع من نية المتعاقدين بناءً على تصرفاتهم السابقة والتالية والمعاصرة لعقد البيع ، لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه.. . » [3].

بل قُضى بأن « لمحكمة الموضوع الحق دائماً فى بحث جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى مادام ذلك لازماً للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض فى ذلك متى كان

(١) ورغم أن القانون الفرنسى لم يواجه مثل هذه المشكلة ، إلا أن نفس الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى ، هو الذى يتبناه الرأى الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين : انظر مثلاً : مارتى ورينو بند ٢٨١ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٨٢٤ ، ستارك بند ١٧٢٦ ، كاربونييه بند ٣٩ ص١٣٠ ، نقض (اجتماعى) ١٩٤٤/١٢/١٤ (س ١٩٤٦-١-١٠٥) ، نقض ١٩٣٩/٤/٢٥ (ج .ب ١٩٣٩-٢-٥٧) ، استئناف ليموج ١٩١٠/١٠/١٤ (د . ١٩١١-٢-٣٩٣ وتعليق مانيول) .

(٢) شرط أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة .

(٣) نقض ١٩٤٤/٢/٣ ، وفيه استدركت المحكمة قائلة : « ما لم يكن ما استخلصه من ذلك مبنياً على ما لا ينتجه من الأوراق أو على أوراق غير موجودة أو وقائع لا أصل لها أو أقوال غير ثابتة » .

استخلاصها سليماً » [1].

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير أدلة الصورية :

١٩١- و « لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بها فى ثبوت الصورية أو نفيها ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض مادام الدليل الذى أخذ به مقبولاً قانوناً » . هذا ما تؤكده محكمة النقض ويجرى عليه قضاؤها [2] . وتطبيقاً له جاء فى حكم لها أنه : « لما كان من حق قاضى الموضوع ، وهو فى مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى فى الدعوى، أن يأخذ ببعضها ويطرح البعض الآخر غير خاضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ما استخلصه من أقوال الشهود من أن العقد جدى لا صورى ، وكان هذا الذى استخلصه هو استخلاص سائغ لا مخالفة فيه للثابت بالأوراق ، وكان اتخاذ الحكم لهذه الأقوال أساساً لقضائه فيه الرد الضمنى الكافى والمبرر لإطراحه ما عداها من أدلة الدعوى ، لما كان ذلك كان ما ينعاه الطاعن على المحكمة من عدم الرد على القرائن التى ساقها دليلاً على الصورية المدعاة ، لا مبرر له » [3].

---

(١) نقض ١٩٤٤/٥/٢٥ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٢٤ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٤/١/٣١ المجموعة س٢٥ ص٢٥٩ ؛ وانظر أيضاً نقض ١٩٧٥/٦/١١ المجموعة س٢٦ ص١٢٠١ وفيه قضت بأن : « استخلاص الصورية من أدلتها ، مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى مادام الاستخلاص سائغاً ، وإذ كان من شان القرائن التى استند إليها الحكم أن تؤدى إلى ما رتبه عليها وتكفى لحمل قضائه بالصورية فإن ما تثيره الطاعنة فى هذا المقام لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تقدير الأدلة ، وهو ما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض » .

(٣) نقض ١٩٥٠/١٢/١١ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٦ .

وإذا أصدرت محكمة الموضوع حكماً تمهيدياً بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت الخصم ما يدعيه من صورية بشهادة الشهود ، فإن ذلك يتضمن أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفى الصورية بنفس الطريق ولو لم يذكر الحكم التمهيدى ذلك صراحة ، لأن هذا الحق مقرر لكل خصم ، بصريح المادة ٦٩ من قانون الإثبات التى تقضى بأن : « الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق (١).

وإذا استخلص حكم الاستئناف ، من التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة ، أن العقد محل التداعى عقداً جدياً ، يكون ما ينعاه الطاعن (بالنقض) على هذا الحكم من أن المحكمة لم تبحث دفعه بصورية عقد المطعون عليه ، هو نعى فى غير محله (٢).

وإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية العقد صورية مطلقة على قرائن متساندة استنبطتها المحكمة من الأوراق المقدمة فى الدعوى ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، فإنه لا تجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها (٣)(٤).

---

(١) انظر من تطبيقات النقض لهذا المبدأ : نقض ١٩٥٠/١٢/٢١ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٥ ، ٥١٦ .

(٢) نقض ١٩٥٣/١/٢٩ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥١٦ .

(٣) نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة س٢٥ ص٧٧٣ .

(٤) وانظر – بوجه عام – فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير أدلة الصورية : نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ المجموعة س١٧ ص٦٩٥ ، نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة س٣٨ ص١١٢٥ ؛ نقض ١٩٨١/١/٢٦ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٢٣ . نقض ١٩٤٨/٥/١٣ مشار إليهما فى معوض عبدالتواب ص٥٢٣ ، ٥٢٥ على الترتيب .

عدم سقوط الدفع بالصورية بالتقادم :

١٩٢– والدفع بالصورية – كما قررت محكمة النقض – « لا يسقط بالتقادم ، لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما ، واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحاً مهما طال الزمن [1].

خاتمة البحث :

أثر الاختلاف بين الدعويين ، البولصية والصورية ، فى الهدف ، على إمكان الخبرة والجمع ، بينهما ، والترتيب المنطقى فى إبداء الاختيار:

١٩٣– ولكون الهدف الذى يتوخاه الدائن حين يرفع دعوى صورية تصرف مدينه يختلف عن الهدف الذى يتوخاه حين يطعن بالدعوى البولصية على هذا التصرف ، من حيث يرمى بالأولى إلى « استبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه » ، فيما يرمى بالثانية إلى « إعادة المال إلى ملك المدين » ، فإنه يجوز – بالتالى – للدائن « فى الدعوى الواحدة ، أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخيرة » بينهما [2].

ن بالنظر إلى أن الطعن بالدعوى البولصية « يتضمن الإقرار بجدية التصرف » فيما أن « الطعن بالصورية يتضمن إنكار ذلك التصرف ، مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية » [3]، فإنه إذا ما أبدى الدائن الطعنين معاً

(١) نقض ١٩٧٣/٤/١٠ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٠٦ .

(٢) انظر نقض ١٩٧١/٧/٢٥ المجموعة س٢٢ ص٢٢٨ .

(٣) انظر نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة س٢٥ ص٧٧٣ .

فى دعوى واحدة ، فإن الترتيب المنطقى – تبعاً لذلك – هو أن « يحاول إثبات الصورية أولاً ، فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى الأخرى » (١)(٢).

المبحث الرابع
شهر الإعسار

تمهيد :

١٩٤– إن كل ما تقدم من وسائل المحافظة على الضمان العام لا يكفى فى الواقع لحماية الدائن العادى حماية كافية . فقد لا تتوافر شروط

---

(١) نقض ١٩٧١/٧/٢٥ سابق الإشارة إليه ، ونقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة س٢٨ ص١١٢٥ ، وفيه قالت أن : « العلة فى وجوب أن يطعن الدائن بدعوى الصورية أولاً ، حتى إذا أخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك ، بحيث يجوز للدائن فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معاً على سبيل الخيرة فيحاول إثبات الصورية أولاً ثم ينتقل – إن هو أخفق فيها – إلى عدم النفاذ » .

(٢) وبشكل أوفى ، انظر نقض ١٩٤٠/١٢/١٢ (الصادر فى ظل القانون المدنى القديم حيث كانت المادة ١٤٣ تجعل أثر الطعن بالدعوى البولصية ، كأثره بدعوى الصورية ، هو إبطال تصرف المدين) ، وفيه تقول ، « إنه بمقتضى المادة ١٤٣ من القانون المدنى (القديم) يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله إما بالدعوى البولصية وإما بدعوى الصورية ، والدعويان وإن كانتا تتفقان من ناحية أن أساس إبطال التصرف فيهما هو الإضرار بالغير ، إلا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض . ففى الدعوى البولصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ، ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لإمكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه منه . أما فى دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وتقرير أن العين لم تخرج من يد المدين .... ، وإذن فلمن يطعن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويين الدعوى التى يتحقق بها غرضه .... » مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٠٣ ، ٥٠٤ .

هذه الوسائل ، وقد لا يفلح الدائن فى إثبات توافرها . كما أن بعض هذه الوسائل لا يغل يد المدين عن إدارة أمواله بما يؤدى إلى الإضرار بالدائن . هذا إلى أنها جميعاً لا تحول دون اتخاذ الدائنين إجراءات تنفيذ فردية على أموال المدين المعسر ، الأمر الذى يجعل من يسبق منهم إلى هذا التنفيذ يحصل على كامل حقوقه إضرار بالمتأخرين.

لذلك كان المشرع على حق حين نظم فى المجموعة المدنية الجديدة شهر إعسار المدين على نحو يكفل حماية معقولة للدائنين وإن لم تصل إلى حد الحماية التى يقررها القانون التجارى للدائنين بنظام شهر الإفلاس.

شروط شهر الإعسار :

١٩٥- يجب - لإمكان شهر إعسار المدين - توافر شرطين : أن يكون المدين معسراً إعساراً قانونياً ، وأن ترفع دعوى بطلب شهر الإعسار.

١- أن يكون المدين معسراً إعساراً قانونياً :

١٩٦- المدين المعسر هو ذلك الذى تزيد ديونه على حقوقه . فإن كانت هذه الزيادة بحيث يعجز عن الوفاء بجميع ديونه الحالة والمؤجلة فهو معسر إعساراً فعلياً . وهذا النوع من الإعسار كاف - كما سبق أن ذكرنا - لرفع الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية.

أما دعوى شهر الإعسار فتستلزم الإعسار القانونى [1]، حين تكون أموال المدين عاجزة حتى عن الوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها.

ويكفى لإثبات إعسار المدين أن يقيم الدائن الدليل على ما فى ذمة المدين من ديون ، حين يتعين على هذا الأخير - إذا أراد أن ينفى عن نفسه

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص١١٨٥ .

وصف الإعسار – أن يثبت أن له أموالاً تكفى للوفاء بديونه . وفى خصوص شهر الإعسار تكفى للوفاء بديونه الحالة.

٢- طلب شهر الإعسار :

١٩٧- وعلى النقيض من نظام الإفلاس لا تستطيع المحكمة أن تقضى بشهر إعسار المدين من تلقاء نفسها . ولا يجوز للنيابة العامة أن تتقدم بطلبه إلى المحكمة . وإنما يلزم أن ترفع الدعوى به ممن له مصلحة فى رفعها وهو عادة أحد الدائنين الذى يريد الإفادة من الضمانات التى يوفرها الحكم بشهر الإعسار على ما سنرى فيما بعد . وإن كان لا يستحيل تصور أن يرفعها المدين نفسه حين تكون له مصلحة في شهر إعساره ، بقصد الحصول مثلاً على آجال لديونه أو لتمكينه من الحصول على نفقة من إيراداته المحجوزة.

إنما بالرغم من طلب شهر الإعسار يظل للمحكمة سلطتها التقديرية فقد ترفض الحكم به حتى ولو كانت حالة الإعسار ثابتة . مراعية فى ذلك الظروف التى أدت إلى الإعسار وموارد المدين المستقبلة ومصالح دائنيه المشروعة (م ٢٥١) [١].

---

(١) وفى ذلك ، تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٥١ : « ومؤدى هذا أن للقاضى سلطة رحبة الحدود تتيح له تقدير جميع ظروف المدين ... وقد يكون في الأحوال العامة ما يستنهض لمصلحة المدين كما لو عرضت له عسرة موقوته فى خلال أزمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى فى توجيه الحكم على مركزه ، فمن ذلك مثلاً كفايته الشخصية ... وسنه ... وحرفته ، ومركزه الاجتماعى ، ومصالح دائنيه المشروعة ، ومدى مسئوليته عن إعساره ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المادية » مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٣٩ .

إجراءات شهر الإعسار :

١٩٨- تختص بدعوى شهر الإعسار « المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين » (م ٢٥٠) وتكون « مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار ثمانية أيام . ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام » (م٢٥٢).

وقد حرص المشرع على أن يكفل علانيـة الحكـم الصـادر بشـهر الإعسار لحماية كل من يريد التعامل مع المدين المشهر إعساره فأوجب فـى المادة ٢٥٣ :

« ١- على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين وعليـه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكـل حكـم يصدر بتأييده أو بإلغائه وذلك كله يوم صدور الحكم.

٢- وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل ».

كما أوجبت المادة ٢٥٤ « على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمـه بتغيير الموطن سواء أخطره المدين أم علم ذلك مـن أى طريـق آخـر أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيـدها فى سجلاتها ».

آثار شهر الإعسار :

أولاً – بالنسبة للمدين :

١٩٩– يمكن تلخيص آثار شهر الإعسار بالنسبة للمدين فى ثلاثة على النحو التالى :

١– عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة فى حق الدائنين :

٢٠٠– هذا الأثر لم يرجئه المشرع فى المادة ٢٥٧ إلى وقت صدور الحكم بشهر الإعسار وإنما جعله – لمصلحة الدائنين – منذ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . فمنذ هذا التاريخ لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف ضار من جانب المدين سواء كان ينقص حقوقه أو يزيد التزاماته . بل ولا أى وفاء يقوم به ولو كان لدين مستحق الأداء . فتقول المادة ٢٥٧ : « متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » . كل ذلك دون حاجة إلى إثبات غش المدين أو تواطئه مع المستفيد.

« وفى هذا تطبيق عملى لأحكام الدعوى البولصية فى كنف نظام الإعسار القانونى . وهو بعد تطبيقه تصيب من ورائه شروط هذه الدعوى قسطاً ملحوظاً من التيسير ، ذلك أن مشقة إقامة الدليل على الإعسار والتواطؤ تسقط عن عاتق الدائنين ، إذ المدين بحكم الحال معسر ، عالم بحقيقة حاله » [1]

(١) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٥٧ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٥٤٣ .

غير أن هذا الأثر – وهو يجد تبريره فى حماية الدائنين من ضرر محتمل يقصد إليه المدين بتصرفه – كان من المفهوم أن يجيز المشرع لهذا الأخير ما لا يحتمل ذلك من التصرفات . وهكذا أجيز للمدين : « أن يتصرف فى أمواله – ولو بغير رضاء الدائنين – على أن يكون بثمن المثل [1] وأن يقوم بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع » أما إذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل « كان التصرف غير سار فى حق الدائنين إلا إذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل » (م٢٥٨) وبهذا الحكم أعطى المشرع فرصة للمدين أن يقوم بتصفية أمواله بنفسه مادام أن هذه التصفية لا تضر بالدائنين.

٢– إمكان تعرض المدين للعقوبة الجنائية :

٢٠١– وفقاً للمادة ٢٦٠ يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى حالتين :

« (أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره.

(ب) إن كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه ».

٣– تقرير نفقة للمدين من إيراداته المحجوزة :

٢٠٢– يجوز « لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار » إذا كان

---

(١) « وعند الخلاف ، يرجع إلى رأى الخبراء » ، الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٥٨ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٥٤٤ .

الدائنون قد أوقعوا الحجز على أموال المدين بما فيها إيراداته ، فأصبح بهذا الشكل بلا مورد يعيش منه ، « أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة » ، لا من رأس المال . ويظل من حق المدين تقاضى هذه النفقة حتى تنتهى تصفية أمواله . وهذا الإجراء « الإنسانى » لم يكن له نظير فى التقنين المدنى الملغى « مع ما ينطوى فيه من معنى البرّ بالمدين العاثر الحظ » [1] على أنه يجوز « التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين أن كان التظلم منهم » (م٢٥٩).

ثانياً – بالنسبة للدائن :

٢٠٣– هناك ثلاثة آثار أيضاً يرتبها شهر الإعسار فى مواجهة الدائن:

١– حلول الديون المؤجلة :

٢٠٤– حرصاً من المشرع على المساواة بين الدائنين رتبت المادة ٢٥٥ « على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة » حتى لا يسبق بعض الدائنين غيرهم لمجرد أن ديونهم حالة دونهم . ولما كانت هذه التسوية لا يصح أن تكون على حساب المدين ، فإنه إذا حلت الديون المؤجلة خصم منها « مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل ».

ومع ذلك أجازت الفقرة الثانية من نفس المادة – ولمصلحة الدائنين

---

(١) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٥٩ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٥٤٥ .

أيضاً كما يتضح من عباراتها الأخيرة - « للقاضى أن يحكم بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه بإبقاء الأجل أو مدّه بالنسبة إلى الديون المؤجلة . كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالة إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » كما لو كان الوقت فعلاً غير مناسب لبيع أموال المدين بأعلى قيمة.

٢- عدم نفاذ حقوق الاختصاص :

٢٠٥- لما كان الدائن الذى بيده سند تنفيذى سوف يبادر ، فور الحكم بشهر الإعسار ، إلى اخذ اختصاص على عقارات المدين بما يجعله فى مركز أفضل من غيره من الدائنين ، الذين قصد المشرع التسوية بينهم بنظام الإعسار فقد قرر المشرع فى المادة ٢/٢٥٦ أنه « لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » . أما الدائنون الذين نشأت حقوقهم بعد ذلك فإن حق الاختصاص ينفذ فى مواجهتهم.

٣- إمكان اتخاذ إجراءات فردية ضد المدين :

٢٠٦- لا يترتب على شهر الإعسار - على النقيض من نظام الإفلاس - أن ترفع يد المدين عن إدارة أمواله لتصفى تصفية جماعية وإنما يبقى - على العكس - من حق كل دائن أن يعمل مستقلاً على النحو الذى يحقق مصلحته . وقد يترتب على مبادرة أحد الدائنين للتنفيذ على أموال المدين أن يحصل على كامل حقه دون غيره من الدائنين ، إذا لم يتدخلوا لمشاركته فى التوزيع.

وهكذا فإنه بمقابلة ما قرره المشرع فى المادة ٢٥٦ من إمكان اتخاذ

الدائنين لإجراءات فردية مع ما قرره فى المادة ٢٥٥ من حلول آجال الديون بشهر الإعسار ، يكون المشرع قد قرر المساواة القانونية فقط بين الدائنين دون المساواة الفعلية ، وإن كان يقلل من شأن هذا العيب إلى حد كبير ما نظمه المشرع من علانية للإعسار ، الأمر الذى يكفل تنبيه الدائنين إلى إعسار مدينهم فيتقدمون جميعاً للاشتراك فى التنفيذ على أمواله.

انتهاء حالة الإعسار :

٢٠٧- تنتهى حالة الإعسار إما بحكم من القضاء أو بقوة القانون.

(أ) بحكم القضاء :

٢٠٨- تنتهى حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب ذى الشأن الذى له مصلحة فى هذا الإنهاء . وذلك فى حالتين :

(أ) « متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله » (م ١/٢٦١) ويقصد بالديون هنا ما كان منها مستحق الأداء وقت شهر الإعسار وما كان مؤجلاً ثم حل تبعاً للحكم بشهر الإعسار.

(ب) « متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها » (م١/٢٦١) . وهى تشمل الديون التى كانت حالة وقت شهر الإعسار وكذلك التى حل أجلها بحلول ميعاد استحقاقها وليس بسبب الحكم بشهر الإعسار[1] . ولكفالة الهدف الذى قصد إليه المشرع من

---

(١) وجاء فى الأعمال التحضيرية للنص « . . تتبع فى الحكم بانتهاء حالة الإعسار فى الحالة الثانية ، نفس الإجراءات الخاصة بحكم إشهار الإعسار . فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر محل (موطن) للمدين – ولا يتحتم =

علانية الحكم بشهر الإعسار ، أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٢٦١ على كاتب المحكمة أن يؤشر « من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك ».

(ب) بقوة القانون :

٢٠٩- لما كان من غير المعقول أن تستمر يد المدين مغلولة عن التصرف في أمواله إلى ما لا نهاية ، فقد أعطى المشرع للدائنين مدة رآها كافية ليستطيعوا فيها تصفية أموال المدين واقتضاء حقوقهم منها . بعدها « تنتهي حالة الإعسار بقوة القانون » . هذه المدة هي خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار.

ومعنى انتهاء حالة الإعسار القانونية بحكم القانون ، على ما تقدم ، أن « تظل عُسرة المدين قائمة... . بيد أنها تصبح أمراً واقعاً لا حالة تنظمها أحكام القانون . ذلك أن أموال المدين ، سواء أصفيت أم لم تُصفَّ في خلال السنوات الخمس (وهي المدة المخصصة للتصفية) تبقى على حالها من القصور عن الوفاء بديونه » [1].

= صدوره من المحكمة التي أصدرت حكم إشهار الإعسار – بناءً على طلب كل ذي شأن (المدين أو الدائن أو خلف آل إليه مال من المدين) ويقبل الطعن فيه بالطرق نفسها ، ولكن في المواعيد العادية » . مشار إليها في معوض عبدالتواب ص٥٤٦ .

(١) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٦٢ مشار إليها في معوض عبدالتواب ص٥٤٧ .

المبحث الخامس

الحق في الحبس [1][2]

Droit de Rétention

التعريف به :

٢١٠- تقتضى اعتبارات العدالة [3] أن يكون بإمكان الدائن بدين مستحق الداء ، أن يحبس ما تحت يده ، مما هو ملتزم بتسليمه إلى المدين ، حتى يقوم هذا الأخير بسداد حق هذا الدائن المرتبط بالتزامه بالتسليم . هذا الحق المقرر للدائن هو ما يعرف بالحق فى الحبس.

---

(١) راجع فى تاريخ الحق فى الحبس : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ١٠٤٦ . وفى الحق فى الحبس بوجه عام : محمد محمود نمرة ، الحق فى الحبس كوسيلة للضمان (دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى رسالة القاهرة ٢٠٠٧ (تحت إشرافنا) .

(٢) لم ينظم المشرع الفرنسى الحق فى الحبس كنظرية عامة ، وإنما أورد عدة تطبيقات له فى مواضع متفرقة : انظر فى هذه التطبيقات : جوسران بند ١٤٧٢ .

وقد بات التساؤل الذى يفرض نفسه على الفقه والقضاء الفرنسيين هو معرفة ما إذا كانت هذه التطبيقات قد وردت على سبيل الحصر (من هذا الرأى : مرلان ، لوران) ، أم وردت على سبيل المثال ، وفى أى الحدود ووفقاً لأى معيار يتحدد نطاق هذا الحق إذا قيل بالحل الأخير . . راجع فى كل ذلك : جوسران بند ١٤٧٣ .

(٣) فى الحقيقة ، كانت فكرة العدالة كأساس للحق فى الحبس لدى بعض الشراح الفرنسيين هى التى تقف وراء توسعهم فى نطاق هذا الحق ليمتد حتى إلى خارج نطاق العقود الملزمة للجانبين ، بينما أن من رفضوا هذا الأساس ، وفضلوا أن يسندوا حق الحبس إلى أساس من فكرة الضمان الضمنى garantie tacite ، اقتصر عندهم نطاق الحق فى الحبس على العقود التبادلية فقط . انظر فى عرض مفصل لذلك : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ١٠٤٨ .

فالحق فى الحبس هو – على هذا النحو – وسيلة لحمل المدين بدين واجب الأداء ، على سداد هذا الدين للدائن عن طريق امتناع هذا الأخير عن تسليم شيء يجب عليه تسليمه للمدين ما دام أن هناك ارتباطاً بين حق الدائن والتزامه بالتسليم . أو هو بعبارة أخرى ، دفع يدفع به الدائن مطالبة مدينه له بتسليم شيء ، له الحق فى تسلمه ، مادام أنه لم يعرض الوفاء بالتزام عليه للدائن مرتبط بالتزام هذا الأخير بالتسليم . أو كما عبرت محكمة النقض فى أحد أحكامها ، هو « دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان »(١) . ومن ثم رأت فيه الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٦ أنه « لا يعدو أن يكون مؤسساً على فكرة المقاصة » مؤكدة أنه « ليس بممتنع أن تتسع هذه الفكرة حتى تتمثل عند التطبيق ، فى صورة حجز يوقعه المدين تحت يده نفسه » (٢)(٣).

شروطـــه :

٢١١– حددت شروط الحق فى الحبس ، المادة ٢٤٦ مدنى ، حين قضت بأن : « لكل من التزم بأداء شيء ، أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه

---

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/١١ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٣٣٢ .

(٢) مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٥٢٦ .

(٣) وقد جاء فى حكم للنقض – تعليقاً على المادة ٢٤٦ ، أن هذه المادة « وضعت قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات فى أحوال لا تتناهى ، فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه فى الحبس مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطاً به » . نقض ١٩٧٩/١٢/١١ سابق الإشارة إليه .

مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع »

ومن هذا النص يتضح أن شروط الحق فى الحبس تتلخص فى :

أولاً – وجود التزام على الحابس (الدائن) بأداء شئ:

٢١٢- الأمر الذى يجعل الحبس – كما سبق أن ذكرنا – نوعاً من الدفوع يرد به الدائن الحابس على مطالبة المدين له بتسليم شىء يلتزم بتسليمه له . وفى هذا الصدد لا تهم طبيعة هذا الشىء الذى يرد عليه الحبس . حيث يستوى أن يكون عقاراً أو منقولاً ، مثلياً أو قيمياً ، مادياً أو غير مادى . بل يتجه الرأى الغالب إلى إمكان ورود الحبس على العمل أو الامتناع [1]، (كالمقاول يمكنه ألا يبدأ العمل حتى يستوفى الأجر المتفق على تعجيله له ، وكالجار المتعهد بألا يمنع جاره من المرور فى أرضه ، يستطيع أن ، يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يوفيه الجعل المتفق عليه » ، وذلك خلافاً لرأى عكسى يعوّل على حرفية نص المادة ١/٢٤٦ التى عبرت عما يمكن حبسه بلفظ (الشىء) وهو ما لا يتسع عنده لكل من العمل أو الامتناع[2].

---

(١) انظر : د . السنهورى بند ٦٤٢ ، د . أنور سلطان بند ١٧٥ ، د . البدراوى بند ١٦٤ ، د . عبدالودود يحيى بند ١٦٤ ، وقرب : د . الصده بند ٨٠ ، د . سليمان مرقس بند ٧٢٣ ؛ وقرب أيضاً من الفقه الفرنسى : جوسران الذى استخدم ، للتعبير عن محل الحبس، لفظة الأداء perstation انظر بند ١٤٧٣ .

(٢) هذا ما يستخلص ضمناً من انتقاد د. إسماعيل غانم لصياغة المادة ١/٢٤٦ مدنى فى معنى قصر الحق فى الحبس على الأشياء المادية : انظر بند ١١٠ ، وقرب د. عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٢٣ ، د. جمال زكى بند ٤٢٤ .

٢١٣- غير أنه لما كان الحبس يعتبر بمثابة حجز من الحابس على ما تحت يده ، فإنه لا يصح أن يرد على الأشياء التى لا يجوز الحجز عليها [١] كما أن حق الحابس - وإن أملته اعتبارات العدالة - إلا أنه إذا تعارض مع مصلحة عامة فضلت عليه هذه الأخيرة ، وهو ما يتفرع عليه عدم إمكان ورود الحبس على الأشياء العامة لما يؤدى إليه حبسها من تعطيل للمنفعة العامة التى خصصت لها هذه الأموال [٢].

٢١٤- والغالب أن يكون الشىء الذى يرد عليه الحبس مملوكاً للمدين (كما فى حالة حبس الشىء المودع ، إلى أن يقوم صاحبه بسداد ما أنفقه عليه المودع لديه من مصروفات) . غير أنه من المتصور أن يكون هذا الشىء مملوكاً للحابس (الدائن) نفسه مادام ملتزماً بتسليمه للمدين [٣] (كالمؤجر الذى يحبس العين المؤجرة عن المستأجر حتى يوفيه هذا الأخير ما اشترط على تعجيله من أجرة).

٢١٥- هذا وتحرم المادة ٢/٢٤٦ حائز الشىء أو محرزه من حقه فى حبسه إذا كان الشىء قد وصل تحت يده نتيجة عمل غير مشروع . فالسارق لا يحق له أن يحبس المسروق حتى يقوم صاحبه برد ما أنفقه عليه من مصروفات.

وجود حق مستحق الأداء للدائن الحابس :

٢١٦- فالدفع بالحبس ، كما ذكرنا ، وسيلة لحمل المدين على تنفيذ

(٢،١) فى هذا المعنى : د . السنهورى بند ٦٤٢ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٢٨ ، د . إسماعيل غانم بند ١٠١ .

(٣) فى هذا المعنى : د . إسماعيل غانم بند ١٠١ ، وانظر فى اتجاه مخالف فى الفقه الفرنسى ، الفقه المشار إليه فيه ص٢٢٧ هـ١ .

التزام للدائن الحابس . ومتى كان ذلك فإنه لا يصح اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا إذا كان حق الدائن واجب الأداء . فإذا كان هذا الحق مضافاً إلى أجل واقف، أو كان – من باب أولى – معلقاً على شرط واقف أو متنازعاً فيه ، أو مجرد دين طبيعي لا يمكن جبر المدين على تنفيذه ، لم يكن من حق الدائن – فى كل هذه الفروض – أن يحبس الشيء عن الملتزم بتسليمه له . ومن باب أولى وأولى إذا كان حق الدائن لم ينشأ أصلاً « وليس فقط أنه غير مستحق الأداء لكونه لم ينفذ أصلاً الالتزام الذى ينشأ حقه بسببه : كالميكانيكى ، مثلاً لا يستطيع أن يحبس السيارة المعهود إليه بإصلاحها حتى يقبض أجرة إصلاحها إلا أن يكون قد أصلحها فعلاً [1].

وفى خصوص الحبس المستند إلى الدفع بعدم التنفيذ ، إذا كان يشترط أيضاً لجواز هذا الحبس أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً مستحق الأداء ، أى واجب التنفيذ حالاً ، إلا أنه « إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً ، أن يحبس التزامه استناداً إلى هذا الواقع » [2].

ثالثاً – وجود ارتباط [3] بين حق الحابس والتزامه بأداء الشيء [4]:

٢١٧- لا يكفى لثبوت الحق فى الحبس أن يكون فى حيازة الدائن

(١) انظر فى هذا التطبيق نقض ١٩٥٩/٥/١٨ المجموعة س١٠ ص٥٤٢ .

(٢) نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ المجموعة س١٧ ص٢٠٤٥ .

(٣) انظر – من تطبيقات القضاء الفرنسى – نقض (تجارى) ١٩٨٣/٧/١١ (د . ١٩٨٤–أ .ر–٨٢) ؛ وفيه أيدت المحكمة حكم الاستئناف الذى رفض الادعاء بحق فى الحبس لتخلف شرط الارتباط .

(٤) وعلى الدائن الذى يتمسك بالحق فى الحبس أن يثبت وجود هذا الارتباط انظر نقض فرنسى ١٩٨٣/١٢/١٣ (د . ١٩٨٤–أ .ر–١٤٨) .

شيء مملوك للمدين ، وإنما يلزم أن يكون هناك ارتباط بين حيازة الشيء وحق الحابس . أو بعبارة أخرى ارتباط بين التزامين (التزام الحابس بالتسليم وحقه في مواجهة المدين) . هذا الارتباط وحده كاف بالرغم من عبارة نص المادة ١/٢٤٦ ، حتى ولو لم يصل إلى مستوى علاقة السببية بين هذين الالتزامين . وهو – أى هذا الارتباط – قد يكون قانونياً أو مادياً.

(أ) ويقوم الارتباط القانوني : على وجود علاقة تبادلية بين الالتزامين . هذه العلاقة قد يكون مصدرها عقد ملزم للجانبين ، وفي هذه الحالة تصل إلى مستوى علاقة السببية ، ويتخذ الحبس فيها صورة الدفع بعدم التنفيذ [1]، ومثالها حبس البائع للشيء المبيع حتى يؤدى المشترى

---

(١) هذا الدفع الذي يعتبر – وكما نصت المذكرة الإيضاحية للمادة ٢٤٦- من تطبيقات القاعدة العامة للحق في الحبس . انظر الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٥١ : ويؤيد هذا التصوير غالبية الفقه في مصر . انظر د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ١٢٧ ، د . سلميان مرقس ١٩٦١ بند ٧٢٤ ؛ د . البدراوى بند ١٦٨ ؛ د . أنور سلطان بند ١٧٢ ، د . جميل الشرقاوى بند ٤٣ و د . عبدالودود يحيى بند ٦٠ د . إسماعيل غانم بند ١٠٦ ، ويقترب من الفقه الفرنسي كاربونييه بند ٨٤ ص٢٨٣ الذي يقول أنه من الصعب تمييز الدفع بعدم التنفيذ من الحق في الحبس .

وانظر عكس ذلك : د . محمود جمال الدين زكي بند ٤٢٥ ، ومن ثم فقد اشترط ، في الحبس ، ألا يكون الارتباط القانوني سابق الإشارة ناشئاً عن علاقة تبادلية بين الالتزامين مصدرها عقد ملزم للجانبين « حيث تقع دائرة الدفع بعدم التنفيذ » .

راجع في عرض أوفى لنطاق الحق في الحبس :

MANDE – DJABOU (J) : La notion étroite du droit de retention J.C.P. 1976-1-dioct-2760; CASSIN (René) : De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatique Thèse Paris 1914; CASSIN (R) note S 1922-2 25 .

وانظر – بوجه عام في طبيعة الحق في الحبس.:

CATALA – FRANJOU (N) : De la nature juridique du droit de retention . Rev . trim . 1967 P . 9-44 .

الثمن . وحبس المشترى ، الثمن ، إذا خيف على المبيع أن ينزع من يـده ، المقرر له بالمادة ٤٥٧ [(١)(٢)] وحبس المستأجر الأجرة عن المـؤجر ، فـى سبيل دفعه إلى تنفيذ التزامه ، بعدم التعرض له فى الانتفاع بالعين المؤجرة ، عيناً ، « إلى أن يقوم بوقف تعرضه » [(٣)] . وحبس الناقل الأشياء المنقولة أو بعضها حتى يستوفى أجرة النقل المستحقة له [(٤)] ، وهكـذا [(٥)] . وقـد تنشـأ العلاقة بمناسبة العقد الملزم للجانبين فى حالة انحلاله بالبطلان أو الفســخ ، حين يكون لكل من الطرفين أن يحبس ما هو ملتزم برده – بموجب البطلان أو الفسخ – حتى يستوفى ما هو مستحق له . كالمشترى ، له الحق فـى أن يحبس العين – المحكوم بفسخ عقد بيعها له – حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن ، « تأسيساً على أن التزامه (أى المشترى) بتسليم العين بعد الحكـم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن »[(٦)] . كما أن لــه – بعـد فسخ البيع – أن يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من ثمار الشىء المبيع حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن تأسيساً عن أن التزامه (أى المشترى)

---

(١) انظر من تطبيقـات القضـاء : نقـض ١٩٧٥/١٢/١٠ المجموعـة س٢٦ ص١٦٠٧ ، والحكم المشار إليه فى الهامش اللاحق .

(٢) وتقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى الموضوع شـرط أن يقـيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله . انظر نقـض ١٩٧٩/٥/٣١ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٣١ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٥/٤/٨ المجموعة س٢٦ ص٧٦٦ .

(٤) انظر من تطبيقـات القضـاء : نقـض ١٩٦٦/١٢/١٥ المجموعـة س١٧ ص١٩٢٦ .

(٥) انظر نقض ١٩٧٩/١٢/١١ سابق الإشارة إليه ، وفيه قالت المحكمة أن المادة ٢٤٦ « وضعت قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات فى أحوال لا تتناهى » .

(٦) نقض ١٩٦٨/٩/٢٧ مشار إليه فى معوض عبـدالتواب ص٥٢٨ ، وانظـر أيضاً نقض ١٩٧٢/٤/١٨ المجموعة س٢٣ ص٧٢١ .

برد ثمرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن [1] . وقد توجد هذه العلاقة بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد : كالوكيل (غير المأجور) يحبس ما تسلمه لحساب الموكل حتى يرد له هذا الأخير ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد [2] . بل قد توجد هذه العلاقة التبادلية رغم عدم وجود أى عقد على الإطلاق . ففى الفضالة يلتزم الفضولى برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (ويجد التزامه هذا مصدره فى نص القانون) ويقابل ذلك التزام رب العمل بتعويض الفضولى عما أنفق (ومصدر التزامه الفعل النافع) . وهذان الالتزامان ، رغم أنهما غير ناشئين من عقد ، إلا أن بينهما علاقة تبادلية تجيز للفضولى استعمال الحق فى الحبس.

(ب) أما الارتباط المادى فلا يقوم على علاقة تبادلية بين الالتزامين ، وإنما على مجرد واقعة مادية هى حيازة الشيء أو إحرازه ، حين يكون حق الحائز أو المحرز قد نجم عن الشيء ذاته ، وذلك فى صورتين : إما لأن الحابس قد أنفق على الشيء مصروفات يحق له استردادها [3][4]، يستوى فى ذلك أن يكون الحابس حسن أو

---

(١) نقض ١٩٧٢/٤/١٨ سابق الإشارة إليه .

(٢) فالوكالة غير المأجورة هى عقد ملزم لجانب واحد هو الوكيل ، وإذا كان الموكل – فى هذا المثال – قد التزم برد النفقات للوكيل ، فليس مصدر التزامه عقد الوكالة ، وإنما الفعل النافع .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٨/١٢/١٠ المجموعة س١٩ ص١٥٠٤ ، نقض ١٩٥٩/٥/١٨ سابق الإشارة إليه .

(٤) وقد جعلت المادة ٢/٢٤٦ سابق الإشارة ، من هذا الفرض ، حالة من الحالات التى يثبت فيها حق الحبس بوجه خاص : انظر من تطبيقات القضاء لهذه الحالة : نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ المجموعة السنة ٢٤ رقم ٢٢٣ ص ١٢٨٧ ، والأحكام المشار إليها فى الهامش السابق .

سئ النية [1] أو أنه قد أصابه ضرر من هذا الشيء يستحق تعويضاً عنه . ومثال الصورة الأولى أن ينفق واضع اليد على الشيء المملوك للغير نفقات ضرورية أو نافعة فيكون له حبس الشيء حتى يستوفى هذه النفقات . ومثال الثانية أن يتسرب حيوان إلى ملك الجار فيتلف مزروعاته ، فيكون له حبس هذا الحيوان حتى يؤدى مالكه ما هو واجب عليه من تعويض.

٢١٨- فإذا توافرت هذه الشروط ، كان للدائن أن يستعمل حقه في الحبس ، دون أن يكون عليه إنذار المدين ، أو الحصول على ترخيص من القضاء باستعمال هذه الوسيلة [2] . إنما لا تملك المحكمة أن تقضى بإعمال حق الحبس « ما لم يطلب ذلك صراحة صاحب الحق فيه . وإذا لم يتمسك الخصم بالحق فى الحبس أمام محكمة الموضوع فلا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض » [3].

أحكام الحق فى الحبس :

أولاً – حقوق الحابس :

٢١٩- للحابس أن يحبس العين عن مالكها وعن خلفه العام ، وذلك إلى أن يستوفى كامل حقه في مواجهة المدين ، إذ الحق فى الحبس لا يقبل

(١) انظر نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص١٢٨٧ . وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة ، فى هذا الحكم ، أنه ، بذلك « يثبت لمن أقام منشآت على أرض فى حيازته ، الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقاً للقانون » .

(٢) فى هذا المعنى : نقض ١٩٦٧/١/١٩ المجموعة السنة ١٨ رقم ٢٤ ص١٤٣ .

(٣) نقض ١٩٨١/٢/٥ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٣٢ ، نقض ١٩٦٩/١/٢٣ المجموعة س٢٠ ص١٥٥ .

التجزئة . وإن كان يتعين من ناحية أخرى على الحابس ألا يتعسف في استعمال حقه (كما لو أصر على الحبس رغم تفاهة الباقي من الدين بالنسبة للالتزام في جملته) . ويمتد الحق في الحبس إلى ثمار الشيء . فإذا كانت هذه الثمار تقبل التلف كان للحابس أن يستأذن القضاء في بيعها لينتقل حقه في الحبس إلى ثمنها.

٢٢٠— وللحابس أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة الغير [١] كالخلف الخاص [٢] الذي تنتقل إليه ملكية الشيء المحبوس . كما أن له أن يتمسك بحقه في مواجهة الراسي عليه المزاد وبذلك يؤدي الحق في الحبس – في هذه الحالة – إلى النتيجة الفعلية التي يؤدي إليها حق الامتياز ، مع أن « مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » من الناحية القانونية (م٢٤٧).

٢٢١- على أنه إذا كان المحبوس عقاراً وكان الخلف الخاص الذي انتقلت إليه ملكية هذا العقار أو الدائن المرتهن لمالكه ، قد أشهرا حقوقهما قبل ثبوت الحق في الحبس للحابس ، فإن هذا الأخير لا يمكنه أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهتهما [٣] . « لأن الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ولا يعطي لحائز الشيء الحق في التتبع والتقدم » [٤] . ويتفرع على ذلك ألا يكون بإمكانه الامتناع عن تسليم العقار

---

(١) راجع فيما ثار من خلاف في مدى إمكان الاحتجاج بالحبس على الغير في الفقه الفرنسي : جوسران بند ١٠٤٧ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٣/٣٠ المجموعة س٢٩ ص٩٣٢ .

(٣) نقض ١٩٧٨/٣/٣٠ المشار إليه في الهامش السابق .

(٤) نقض ١٩٧٨/٣/٣٠ السابق ، وانظر أيضاً الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٦ ونص المادة ٢٤٧ .

للراسى عليه المزاد إذا قام هذا الدائن بالتنفيذ عليه . اللهم إلا إذا كان سبب الحبس هو إنفاق مصروفات على العقار حيث يمكن الاحتجاج بالحبس ولو ثبت بعد شهر هذه الحقوق لما أدى إليه إنفاق المصروفات من حفظ للعين وزيادة فى قيمتها الأمر الذى يفيد منه جميع من يطالب بردها من خلف خاص أو دائن مرتهن.

٢٢٢- لكن لما كان « مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » [١] من الناحية القانونية فإنه إذا قام الحابس بالتنفيذ على العين محل الحبس فإنه لا يتمتع بامتياز على ثمنها [٢] وإنما يشاركه فيه سائر الدائنين الذين يقتسمونه معه قسمة الغرماء . ولا يمكنه بعد ذلك أن يحبسها عن الراسى عله مزادها . لأنه بإقدامه على طلب بيعها يكون قد نزل عن حقه فى حبسها.

٢٢٣- والحق فى الحبس ، كوسيلة وقائية ، لا يمنع عن الحابس حقه فى الحصول على تعويض عن الضرر الذى أصابه نتيجة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه المرتبط . فمثلاً : حق المستأجر فى حبس الأجرة عند إخلال المؤجر بالتزامه بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول بينه والانتفاع بالعين المؤجرة ، لا يحول بينه وطلب إنقاص هذه الأجرة بنسبة ما نقص من انتفاعه بالعين [٣].

---

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٣/٣٠ سابق الإشارة إليه .

(٢) انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٧ حيث تقول « فإذا قام المحتبس بالتنفيذ على ما حبس فلا يكون له من وراء ذلك بمجرده أن يتقدم غيره فى اقتضاء حقه من الثمن » .

(٣) انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/٤/٨ المجموعة السنة ٢٦ رقم ١٤٩ ص٧٦٦ .

ثانياً – التزامات الحابس :

٢٢٤– حددت التزامات الحابس المادة ٢٤٧ ويمكن تلخيصها على النحو التالى :

١– أول ما يلتزم به الحابس هو أن يحافظ على العين المحبوسة [١]، وقد أحالت المادة ٢٤٧ فى تحديدها لدرجة العناية التى يجب أن يبذلها الحابس فى هذا الصدد إلى أحكام رهن الحيازة [٢] . وبموجب هذه الأحكام يجب على الحابس أن يبذل فى هذه المحافظة عناية الرجل المعتاد.

ويتفرع على هذا الالتزام أنه إذا كان الشيء المحبوس « يخشى عليه

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٦/١٢/١٥ المجموعة س١٧ ص١٩٢٦ (فى معرض واجب الناقل فى المحافظة على الأشياء المنقولة) وقد جاء فيه « متى وفىّ المرسل إليه الأجرة للناقل انقضى حق الحبس وزال المانع الذى كان يحول دون تسليم الأشياء المنقولة إليه ويعود الالتزام بالتسليم فى ذمة الناقل وفقاً لأحكام عقد النقل ، فيلتزم بتسليم تلك الأشياء سليمة للمرسل إليه ، إذ لا يترتب على استعمال حق الحبس انفساخ هذا العقد وانقضاء الالتزامات الناشئة عنه بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذ التزام الناقل بالتسليم حتى يعنى المرسل إليه بالتزامه بالوفاء بأجرة النقل . ولا يغيرّ من ذلك أن يكون المرسل إليه هو المتسبب فى حبس البضاعة بتخلفه عن الوفاء بأجرة النقل إذ أن تقصيره فى الوفاء بالتزامه هذا وإن كان يخول للناقل أن يستعمل حقه فى الحبس إلا أنه لا يعفيه من التزامه بالمحافظة على الشيء المحبوس وهو التزام متولد عن حق الحبس ذاته ولا يمكن أن يعتبر مجرد التأخير فى الوفاء بالأجرة هو السبب فيما يصيب الأشياء المحبوسة من تلف فى فترة احتباسها » .

(٢) ولئن كان القانون المدنى القديم لم يورد نصاً على واجبات الحابس فى حفظ وصيانة الشيء المحبوس تحت يده ، إلا أنه كان من المسلم به دائماً أن على الحابس هذا الواجب « قياساً على القاعدة المقررة فى رهن الحيازة » . انظر نقض ١٩٥٥/١٢/١٨ المجموعة س٦ ص١٥٤٥ .

الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ « أى بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » وينتقل الحق فى الحبس من الشىء إلى ثمنه » . (م٢٤٧/٣)[1].

ونرى أن نص الفقرة ٣ سابق الذكر معيب فى صياغته إذ يشعر بعبارته أن بيع الشىء المحبوس الذى يخشى عليه الهلاك أو التلف بعد استئذان القاضى أمر جوازى للحابس ، حين أنه فى اعتقادنا أمر واجب عليه، وتمليه اعتبارات العدالة وحسن النية من جانب الحابس بل ويقتضيه واجب المحافظة على الشىء.

على أن طلب البيع فى هذه الحالة لا يعتبر تنفيذاً على الشىء يفقد الحق فى الحبس وإنما هو إجراء ضرورى لحفظ المحبوس من الهلاك أو التلف.

٢- ويلتزم الحابس كذلك - إذا كانت العين المحبوسة تغل ثماراً - أن يقبض هذه الثمار (وهو يقبضها لحساب مالكها) [2] ويحبسها مع العين حتى يستوفى حقه ، وأن يقدم عنها حساباً للمالك . فإذا كانت هذه الثمار مما يسارع إليه التلف ، كان عليه - فى اعتقادنا - أن يستأذن القاضى فى بيعها ثم يحبس ثمنها.

ونرى - مع بعض الشراح - أن على الحابس التزاماً باستثمار الشىء

(١) نقض ١٩٦٦/١٢/١٥ سابق الإشارة إليه .

(٢) فليس للحابس أن ينتفع بالشىء لنفسه : فى هذا المعنى الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٧ د . إسماعيل غانم بند ١١٢ ، د . الصده بند ٨٢ . ومن تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥١/١/١٤ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٣٤ .

إذا كان بطبيعته مما ينتج ثمرات [1][2] وذلك قياساً على ما نصت عليه الفقرة ٣ من المادة ١١٠٤ فى خصوص الرهن الحيازى . مثل هذا الالتزام أمر يوجبه حسن النية كما يقتضيه واجب المحافظة على الشيء فى كثير من الأحوال.

٣- ويلتزم الحابس أخيراً بأن يرد العين المحبوسة لمالكها عند انقضاء الحق فى الحبس ، طالما أن هذا الأخير لا يعدو أن يكون امتناعاً مؤقتاً عن تنفيذ الالتزام بتسليم العين.

ثالثاً – انقضاء الحق فى الحبس :

٢٢٥- ينقضى الحق فى الحبس بطريقين ، طريق تبعى وطريق أصلى :

(أ) الطريق التبعى :

٢٢٦- إذا انقضى – لأى سبب – حق الدائن الذى حبست العين من أجله انقضى الحق فى الحبس بالتبعية [3] . على أن يلاحظ أن بقاء العين

---

(١) ما لم يمنعه المالك – بداهة – من ذلك .

(٢) انظر د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٣٢ ، ويبرر ذلك بأن الشيء موجود فى يد الحابس فيجب ألا يفوت على المالك حق الإفادة منه . هذا إلى أن المادة ٢٤٧-٢ تلزم الحابس بأن يقدم حساباً عن غلة الشيء المحبوس ، وهذا ما يتضمن التزامه باستغلاله .

وانظر عكس ذلك : د . السنهورى بند ٦٧٧ ، وقد توسط د . إسماعيل غانم (بند ١١٢) حيث يرى أن الحابس ليس عليه أصلاً التزام باستثمار الشيء المحبوس « إلا إذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشيء ذاته » .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٦/١٢/١٥ سابق الإشارة إليه ، فى شأن انقضاء حق الناقل فى حبس البضاعة متى وفىّ المرسل إليه الأجرة للناقل .

المحبوسة تحت يد الحابس يعتبر إقراراً متجدداً من جانب المدين (مالك هذه العين) بأنه مدين للحابس ، الأمر الذى يحول دون انقضاء الحق الذى حبست العين من أجله بالتقادم ، مادامت العين المحبوسة تحت يد الحابس . ولذلك لا يتصور انقضاء الحق فى الحبس بتقادم الدين المضمون.

(ب) الطريق الأصلى :

٢٢٧- وينقضى الحق فى الحبس وحده مع بقاء الدين المحبوس من أجله ، فى الحالات الآتية :

١- إذا قدم مالك العين المحبوسة « تأميناً كافياً » للوفاء بحق الدائن ، لأنه عندئذ لا يعد للحبس من مبرر . ويقدر القاضى - عند النزاع - ما إذا كان التأمين كافياً أم لا . ولا يستثنى من ذلك إلا ما قضت به المادة ٤٥٩ مدنى والتى بموجبها يظل من حق البائع « أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة ».

٢- وينقضى الحبس كذلك بهلاك العين المحبوسة ولا يبقى إلا البحث عن سبب هذا الهلاك لتحديد من تقع عليه تبعته . ولما كانت المادة ٢٤٧ قد أحالت - فى صدد التزام الحابس بالمحافظة على الشىء إلى أحكام رهن الحيازة ، فإن العين المحبوسة ، طبقاً لما تقضى به المادة ١١٠٣ فى خصوص الرهن الحيازى سوف تهلك على الحابس مالم يثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . وفى هذه الحالة الأخيرة إذا استحق مالك العين تعويضاً من المسئول عن هلاكها أو مبلغ تأمين عوضاً عن هذا الهلاك ، حل هذا أو ذاك محل العين الهالكة ,كان للدائن حبسه أخذاً بفكرة الحلول العينى.

٣- ويترتب على إخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على الشىء انقضاء الحق فى الحبس كما سبق أن ذكرنا.

٤- ويبقى أخيراً أن الحق فى الحبس ينقضى بالتنازل عنه : صراحة كان هذا التنازل أو ضمنا [١] . وإقدام الحابس على التنفيذ على الشىء المحبوس يعتبر - كما بينا فى موضع سابق - من قبيل هذا التنازل الضمنى . كما يعتبر من قبيله أيضاً أن يتخلّى الحابس باختياره عن حيازة الشىء المحبوس . وهو ما عبّرت عنه المادة ١/٢٤٨ بقولها : « ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزه أو محرزه » . والتخلىّ عن الحيازة المسقط للحق فى الحبس هو « واقعة مادية ، لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة فيها » [٢] . إنما لا يتضمن معنى النزول - بداهة - أن يخرج الشىء المحبوس من تحت يد حابسه خفية أو بالرغم من معارضته « باعتبار أن الأمر » هنا « ينطوى على سرقة ضمان » [٣] . وإنما يجوز له استرداده : إذا طلب ذلك « خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » م ٢٤٨ ، حتى من الحائز حسن النية . كما لا يتضمن معنى النزول أيضاً - فى خصوص حق المشترى فى حبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده المقرر بالمادة ٢/٤٥٧ على ما سبق أن ذكرناه - « علم المشترى وقت الشراء بالسبب » منشأ هذا الخوف . فهذا العلم « لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق ، لأنه قد يكون محيطاً بالحظر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمداً على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته من

---

(١) ومتى تم هذا النزول فلا يجوز بداهة العدول عنه . انظر نقض ١٩٦٨/٥/١٦ المجموعة السنة ١٩ رقم ١٤٣ ص٩٦٢ .

(٢) نقض ١٩٥٣/٤/٩ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٣٥ .

(٣) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٨ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٥٣٥ .

الثمن ، مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار » [١] . وهو ما قررته محكمة النقض في العديد من أحكامها [٢].

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ المجموعة س٢٦ ص١٦٠٧ .

(٢) انظر مثلاً نقض : ١٩٨١/٢/١٠ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٥٣٣ ، والحكم المشار إليه فى الهامش السابق .

الباب الثانى

أوصاف الالتزام

تمهيد :

٢٢٨- يقصد بأصاوف الالتزام ، ما يضاف إلى الالتــزام فــى أحــد عناصره الثلاثة ، وهى الرابطة القانونية ، أو محلها ، أو أطرافها ، من أمور تعدل من الآثار التى يرتبها الالتزام فى صورته العادية .

والصورة العادية للالتزام هى – باختصار – أنه رابطة قانونية محققة فى وجودها ، منجزة فى وجوب تنفيذها ، يشمل محلها شيئا واحــداً يتعــين على المدين تأديته بذاته أو عدة أشياء لا تبرأ ذمته إلا بأدائها جميعاً ، تــربط بين طرفين ، دائن واحد ومدين واحد ، أو عدة أطراف لكن ينقسم الالتــزام بينهم ، أى تتعدد الالتزامات بقدر عددهم .

٢٢٩- والوصف الذى يدخل على الالتزام قد يتعلق بالرابطة القانونية ذاتها : فيجعلها غير محققة فى وجودها أو مهددة فى بقائها ، حــين يســمى الوصف فى هذه الحالة بالشرط . وقد يتعلق بها ، لا من حيث وجودها وإنما من حيث نفاذها أو سريانها : فبدلاً من أن تكون منجزة يرجئ بداية نفاذها ، وبدلا من أن تستمر فى السريان يضع حداً زمنيــاً ينتهــى عنــده ســريانها وينقضى من ثم الالتزام ، حين يسمى الوصف فى هذه الحالة بالأجل .

وقد يرد الوصف على محل هذه الرابطة ، فيشمل عدة أشياء ، لكــن تبرأ ذمة المدين بأداء واحد منها ، حين يوصف الالتزام فــى هــذه الحالــة بالالتزام التخييرى . وقد لا يشمل إلا شيئا واحداً ، لكن تبرأ ذمة المــدين إذا أدى بدلاً منه شيئا آخر ، حين يوصف الالتزام فى هــذه الحالــة بــالالتزام البدلى .

وقد يتعلق الوصف بأطراف الرابطة القانونية ، فيكونون متعددين لكن فى التزام واحد ، ويقال فى هذه الحالة أن هناك تضامنا أو أن هناك التزامــاً

غير قابل للانقسام .

٢٣٠- وهكذا يمكن حصر أوصاف الالتزام جميعها فـــى : الشـــرط والأجل ، والالتزام التخييرى ، والالتزام البدلى ، والتضامن ، وعدم القابلية للانقسام .

والالتزام الذى يدخل عليه أى من هذه الأوصـــاف يســـمى بـــالالتزام الموصوف ، تمييزاً له عن الالتزام فى صورته العادية الذى ينعت بـــالالتزام البسيط .

تقســـــيم :

نوزع الدراسة فى هذا الباب على ثلاثة فصول : نعـــالج فـــى أولهـــا الأوصاف التى ترد على الرابطة القانونية ، وفى الثانى الأوصاف التى ترد على محل هذه الرابطة ، لنخصص للأوصاف التى تتعلـــق بـــأطراف هـــذه الرابطة الفصل الثالث .

الفصل الأول
الأوصاف التى ترد على الرابطة القانونية
(الشرط ، والأجل)

تمهيد وتقسيم :

٢٣١- قلنا أن الوصف قد يلحق للرابطة القانونية ذاتها فإذا كان يجعلها غير محققة فى وجودها أو فى بقائها ، لأنه يربط هذا الوجود أو هذا البقاء [(١)] بتحقق واقعة مستقبلة غير محققة الوقوع ، كان الالتزام فى هذه الحالة موصوفاً بما يسمى بالشرط أو وفقاً للاصطلاح القانونى معلقاً على شرط . أما إذا كان لا يؤثر على الوجود المحقق للرابطة وإنما يتعلق بنفاذها[(٢)] فيؤجل بدايته أو يحدد نهايته ، لأنه يربط هذه أو تلك بواقعة مستقبلة محققة الوقوع ، كان الالتزام فى هذه الحالة موصوفاً بالأجل ، أو وفقاً للاصطلاح القانونى مضافاً لأجل .

٢٣٢- وهكذا فإذا كان الشرط ، كالأجل ، كل منهما أمر مستقبل ، إلا أن الأول غير محقق الوقوع حين أن وقوع الثانى أمر مؤكد .

ونخصص مبحثاً مستقلا لكل منهما .

المبحث الأول
الشرط
La condition

٢٣٣- إن لفظ الشرط يتسع فى الواقع لمعان متعددة ، فضلا عن استعماله كوصف للالتزام [(٣)] . فقد يقصد به ما يستلزمه القانون من عناصر

---

(١)،(٢) فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ .

(٣) أنظر ى هذه المعانى : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٤١ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٣٨ ، د . إسماعيل غانم بند ١٣٩ .

لترتيب أثر معين (كاشتراط الشكل الرسمي في الهبة) . وقد يقصد به ما يدخله المتعاقدان من بنود في العقد لمجرد تنظيم علاقتهما العقدية : (كأن يشترط مثلا تسليم المبيع في مكان معين) .

وقد يقصد به ما يعد عنصراً من عناصر وجود الحق بحيث لا يتصور وجود الحق بدونه ، أو بتعبير آخر أن بدونه يكون الأمر مجرد أمل (كالوصية حال حياة الموصي ، لا ترتب للموصى له سوى مجرد أمل لا يرتقي إلى مستوى الحق إلا بتحقق شرط وفاة الموصي) .

٢٣٤- أما الشرط الذي نقصده كوصف للالتزام فهو أمر عارض أو خارجي تضيفه الإرادة إلى التزام استكمل كل العناصر التي يستلزمها القانون [1][2] .

---

(١) في هذا المعنى : جوجلار (دورس مازو) بند ١٠٣٩ ، ستارك بند ١٨١٢ ، مارتي ورينو بند ٧٤٥ ، كاربونييه بند ٦١ص ٢٠٠ ، وفي مصر : د . البدراوي بند ٢٠٦ ، د . أنور سلطان بند ٢٣٠ ، ولمزيد من التفاصيل في هذا التحديد راجع د . عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ (الأوصاف ، الحوالة ، الانقضاء) ١٩٥٨ ص ٤ هامش ٢ ، والبنود ١٥ ، ٢٤ ، وقارن ، ليلوتر ، الذي يرى شرطاً في كل ما من شأنه أن يجعل وجود الالتزام أمراً مستقبلا غير محقق ، ولو تعلق الأمر بعنصر جوهري في الالتزام ذاته . ويقصد – من ثم – بصفة العرضية فيه ، عدم ضرورة أن يكون الالتزام معلقاً على شرط ، إذ الأصل – على العكس – أن تنشأ الالتزامات غير مشروطة :

LELOUTRE (Amedée) : Des cas d'existence et des effets de la condition . Rev . Crit . 1912 P . 232 .

كذلك ، وعلى الرغم من أنه يحصر الشرط كوصف للالتزام فيما لا يكون ضرورياً لوجود العقد ولصحته ، فإن كاربونييه ينتهي أيضاً إلى أن المقصود بصفة العرضية أن الأصل في الالتزام أن يكون بسيطاً . أنظر كاربونييه بند ٦١ ص ٢٠٠ .

(٢) وعادة ما تكون غاية المتعاقدين من اللجوء لهذه الوسيلة ، هي تمكينهما من اتخاذ بعض الاحتياطات ، أو التحوط من مخاطر يمكن أن تحدث في المستقبل . أنظر في هذا المعنى : ستارك بند ١٨١٦ .

تعريف الشرط كوصف للالتزام ، نوعاه :

٢٣٥- يمكن تعريف الشرط كوصف للالتزام بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله (م ٢٦٥ مدنى) .

ومن هذا التعريف يتضح أن الشرط ينقسم إلى نوعين من حيث ما يترتب على تحققه من آثار .

٢٠٢- فإذا كان يترتب على تحققه وجود الالتزام سمى بالشرط الواقف Condition suspensive ومثاله أن يعد أب ولده بمكافأة مالية إذا نجح فى الامتحان . عندئذ يكون التزام الأب معلقاً فى وجود ذاته [1] على واقعة النجاح . أما إذا كان يترتب على تحققه زوال الالتزام سمى بالشرط الفاسخ Condition résolutoire . ومثاله أن يهب شخص شخصاً آخر منزلاً على أن تفسخ الهبة إذا رزق (أى الواهب) فى المستقبل ولداً [2] . عندئذ يكون التزام الواهب موجوداً منذ البداية ، ومتعينا من ثم تنفيذه ، وإن كان عرضة للزوال فى المستقبل إن تحققت واقعة الإنجاب ، حيث يتعين على

---

(١) وفى هذا ما يميز الشرط عن الأجل ، من حيث أثر كل منهما على الالتزام ، كما سنرى فيما بعد . فالأول له تأثيره على وجود هذا الالتزام ، فيما لا يؤثر الثانى إلا على نفاذه . أنظر فى هذا المعنى :

LOUSSOUARN (Yvon) : De la distinction du terme et de la Condition . Rev . trim . 1970 P . 768 No . 13 .

جستان ، تعليق على حكم نيس الابتدائية (الاستئنافية) فى ١٩٧٠/١٠/٢٤ (ج .ك .ب ١٩٧١ – ٢ – ١٦٨٦٦) ، جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٧ .

(٢) ويبين من هذا المثال ، ومن تحليل فكرة الشرط الفاسخ بدقة أنه ليس فى الحقيقة إلا نوع من الشرط الواقف ، لكن الذى يوقفه ليس هو نشأة الالتزام وإنما زواله . أنظر فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٩٢ ، د. السنهورى ج ٣ بند ٢٠ .

الموهوب له (الدائن) إذ ذلك أن يرد الشيء الموهوب إلى الواهب . ومن هذه النتيجة يتضح أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف في الوقت ذاته . أو بعبارة أكثر وضوحا أن نشوء الالتزام على عاتق المدين معلقا بشرط فاسخ ، يقابله نشوء التزام على عاتق الدائن يكون معلقا على شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة للمدين . ففي المثال السابق ، تعد واقعة الانجاب شرطا فاسخا إذا ووجهت من زاوية المدين (الواهب) ، وتعد هي نفسها شرطا واقفا إذا ووجهت من زاوية الدائن ، يعلق التزامه برد المال الموهوب [1] .

٢٣٦- هذا وقد يصعب - عملا - في بعض الأحيان ، تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بشرط واقف أو بشرط فاسخ [2] . ولهذا التحديد أهميته الكبيرة من حيث اختلاف الآثار التي تترتب على نوعي الشرط كما سنرى فيما بعد . والمرجع في هذا الأمر إلى نية الطرفين التي يستخلصها قاضي الموضوع من الظروف والملابسات .

الخصائص الواجب توافرها في الواقعة التي تصلح أن تكون شرطا :

٢٣٧- يشترط في الواقعة حتى تصلح لأن تكون شرطا يعلق عليه الالتزام : أن تكون أمرا مستقبلا ، غير محقق الوقوع ، ومشروعا لا يخالف النظام العام أو الآداب .

---

(١) في هذا المعنى د . السنهوري جـ ٣ بند ٢٠ .

(٢) أشار لهذه الصعوبة : تعليق على نقض فرنسي ١٩٧٣/١١/٦ (د . ١٩٧٤ - ٩٠١) ، د . السنهوري جـ ٣ بند ٢٠ ويمثل لها بفرض مالو علق البيع على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة .

١- الشرط أمر مستقبل :

٢٣٨- يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا لأنه - كما سنرى - يجب كذلك أن يكون غير محقق الوقوع . والاحتمال أو عدم تأكد الوقوع هو من خواص الأمور المستقبلة وحدها . فالأمر الماضى أو الحاضر لا يصلح أن يكون شرطا وقد تأكد وقوعه أو عدم وقوعه ، حتى ولو كان الطرفان يجهلان ذلك[1][2]، فإذا تعهد شخص بمكافأة إذا فاز حصان فى سباق وكان يجهل أن السباق قد انتهى من مدة أو أنه انتهى فى الوقت الذى تعهد فيه ، فإن التزامه لا يكون معلقا على شرط ، لأنه إذا كان الحصان قد فاز فإن هذا الالتزام يكون قد انعقد منذ البداية بسيطاً ، أما فى الحالة العكسية فإن الالتزام لم يكن له من وجود منذ البداية .

٢- غير محقق الوقوع :

٢٣٩- ويجب من ناحية أخرى . أن تكون الواقعة المستقبلة غير محققة الوقوع ، بمعنى أن يكون وقوعها أو عدم وقوعها أمراً محتملاً وهو ما يفترض من ناحية ألا تكون مؤكدة الوقوع فى المستقبل وألا تكون - من ناحية أخرى - مستحيلة الوقوع .

---

(١) أما المادة ١١٨١ من المجموعة المدنية الفرنسية ، فقد سوت بالحادث المستقبل ، الحادث الذى تحقق عند إبرام العقد ، ما دام أن تحققه إذ ذاك كان مجهولاً من المتعاقدين . وإن أضافت فقرتها الثانية أن الالتزام فى هذه الحالة الأخيرة ينتج أثره من يوم إبرام العقد . ويقول جوجلار أن المشرع استعار هذه التسوية من القانون الرومانى . أنظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣ .

(٢) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموانديير بند ٣٩١ ، مارتى ورينو بند ٧٤٥ وهما يرون فى حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٨١ سابقة الإشارة ، ما يعنى أن المشرع يواجه بها فى الحقيقة التزاما بسيطاً لا موصوفا .

فإذا كانت الواقعة مؤكدة الوقوع فى المستقبل كانت أجلا لا شرطاً ، حتى ولو كان وقت وقوعها غير معروف كالوفاة ، إنما ليس ما يمنع أن تعتبر الوفاة شرطا إذا علق الالتزام على وقوعها فى فترة معينة فتكون – خلال هذه الفترة – أمراً احتمالياً . وهو ما يحدث كثيراً فى مجال التأمين . فقد تتفق الشركة على تأمين حياة شخص خلال سفرية معينة فإن مات خلالها استحق المستفيد مبلغ التأمين وإلا فلا يجوز مطالبة الشركة بالعوض إن وصل سالماً . وعندئذ يكون التزام الشركة قد علق على أمر مستقبل غير محقق الوقوع هو الوفاة فى مدة معينة .

٢٤٠– غير أن احتمال التحقق ، يتنافى كذلك مع استحالته . فإذا كانت الواقعة المستقبلة مستحيلة الوقوع فلا تصلح أن تكون شرطاً ، سواء كانت هذه الاستحالة مادية أو قانونية . ومثال الأولى أن أعدك بمبلغ إذا استطعت أن تكتب رسالة على صفحة الماء . ومثال الثانية أن أتعهد لك بمبلغ معين إذا استطعت أن تطعن فى حكم لا يجيز القانون الطعن فيه .

٢٤١– على أن المقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة المطلقة ، أى التى تقوم بالنسبة للكافة [1] . إنما يظل التعليق ممكنا إذا كانت الواقعة مستحيلة استحالة نسبية ما دام أن هذا النوع من الاستحالة لا ينفى إمكان تحقيق الواقعة من شخص غير من استحالت فى مواجهته . ومثال ذلك أن

(١) راجع عكس ذلك ، وأن الاستحالة « يجب أن تقدر – فى الواقع – بالنظر إلى إمكانيات الطرف المعنى (يقصد الدائن) » ، ستارك بند ١٨٢٦ . كذلك يرى البعض أن الشرط يكون مستحيلاً ماديا ، ليس فقط فى حالة الاستحالة المطلقة ، وإنما أيضا إذا كان تحققه يفترض ظروفاً غير عادية أو يتطلب اتخاذ وسائل خارقة للعادة . أما الشرط مجرد صعب التحقيق فإنه لا يكون فى حكم المستحيل . فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٤٨ .

أعدك بمكافأة إذا قمت بتكبير إحدى الصور ثم يتبين أنك لست رساما . عندئذ يكون التزامى فى مواجهتك معلقا على شرط واقف لأنه في الواقع معلق على أمر مستقبل محتمل الوقوع . وكونك أنت بالذات لا تستطيع تحقيق الشرط لا ينفى عنه أنه فى ذاته أمر محتمل التحقيق .

٢٤٢- ومن ناحية أخرى فإن المقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة المعاصرة لوقت تعليق الالتزام على الشرط . فإذا كان الشرط ممكن التحقيق وقت التعليق ثم أصبح مستحيلا بعد ذلك فإنه يكون صحيحاً وكل ما يترتب على الاستحالة الطارئة هو تخلف الشرط .

٢٤٣- كذلك يتنافى مع عدم تحقق الوقوع أن يكون تحقق الشرط رهنا بمحض إرادة المدين . وفى هذا الصدد تقضى المادة ٢٦٧ مدنى بأنه « لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم » .

وإيضاح هذه الفكرة يقتضى التمييز بين أنواع ثلاثة من الشروط من حيث تعلقها بالإرادة على النحو التالى :

(أ) الشرط الاحتمالى :

٢٤٤- وهو الأمر المرهون تحققه بالمصادفات وحدها دون أن يكون لإرادة أحد العاقدين أى دخل فى تحققه [1] . كما لو تعهد شخص لآخر بجائزة مالية إذا فاز فريق رياضى معين بمسابقة الدورى العام . والشرط الاحتمالى هو الصورة النموذجية للتعليق على الشرط ، ما دام أنه يعلق وجود الالتزام (فى الشرط الواقف) أو زواله (فى الشرط الفاسخ) على

(١) أنظر من تطبيقات القضاء ، لهذا النوع من الشرط : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السنة ١٧ (عدد ٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٣٣ .

واقعة مستقبلة يكون أمر تحققها رهن الصدفة وحدها .

(ب) الشرط المختلط :

٢٤٥- وفيه يكون لإرادة أحد العاقدين دخل في تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام . ولكن هذه الإرادة لا تستأثر وحدها بإمكانية هذا التحقيق ، وإنما تشاركها فيه إرادة شخص ثالث . كما لو تعهد شخص لآخر بمبلغ معين إذا استطاع أن يكوّن مع أحد الفنانين ثنائياً غنائياً . وتظل الواقعة المعلق عليها الالتزام في هذه الحالة أمراً غير محقق الوقوع ما دام أن هناك إرادة أخرى لابد وأن تشارك إرادة العاقد في تحقيقها . ومن ثم يكون التعليق على الشرط المختلط صحيحاً : واقفا كان أم فاسخاً .

(ج) الشرط الإرادي [1]:

٢٤٦- وفيه تستقل إرادة أحد العاقدين بإمكانية تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام دون أن تتقيد بإرادة أخرى . وهو على نوعين :

١- شرط إرادي بسيط ، وفيه تكون الإرادة - وهي في سبيلها إلى تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام - مقترنة بعمل يتوقف على الظروف والملابسات : كأن أهبك مبلغا معينا إذا تزوجت . فالزواج هنا - والفرض أنني لم أحدد شخص من يجب أن يتم الزواج بها - أمر تستقل إرادتك وحدك بإمكان تحقيقه ، ولكنه يرتبط بظروف وملابسات معينة تجعل منه في الواقع أمرا غير محقق الوقوع . ومن ثم يصلح الشرط الإرادي البسيط لتعليق الالتزام

(١) راجع في هذا النوع من الشرط :.

H . MAZEAUD : Obligation conditionnells . Condition Potes tative . Rev trim 1939 P . 225 No . 70 .

عليه [1] : واقفا كان هذا الشرط أم فاسخا ، متعلقا بإرادة الدائن أم بإرادة المدين .

٢- شرط إرادى محض : وفيه يكفى لتحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام مجرد تعبير عن الإرادة ، فيكون وجود الالتزام (فى الشرط الواقف) أو زواله (فى الشرط الفاسخ) وهنا بمحض مشيئة أحد العاقدين . فإذا كان رهناً بمشيئة الدائن كان الشرط صحيحا ، واقفا كان أم فاسخا . لأن معنى الشرط فى هذه الحالة أن المدين : إما قد أبدى استعداده لأن يلتزم مستبقيا أمر نشوء هذا الالتزام على إبداء الدائن لرغبته فى هذا المعنى (فى حالة الشرط الواقف) ، أو أنه قد التزم بالفعل مستبقيا مصير هذا الالتزام فى يد الدائن (فى حالة الشرط الفاسخ) . ومثال الحالة الأولى ، أن أتعهد ببيع منزلى لك إذا أردت أنت ، ومثال الثانية أن أؤجر منزلى لك على أن ينفسخ العقد إذا أردت أنت .

أما اذا كان رهنا بمشيئة المدين ، تعينت التفرقة : فإذا كان هذا الشرط فاسخا ، كان صحيحا لأن معناه أن المدين قد التزم بالفعل وإنما استبقى مصير هذا الالتزام فى يده هو . كما لو آجرت لك منزلى على أن يكون لى فسخ العقد حين أريد . أما إن كان واقفا ، فإنه يقع باطلا ولا ينشأ الالتزام الذى علق عليه [2]، لأن حقيقة الأمر فى هذه الحالة أن الرابطة القانونية لم تنشأ ، لأن المدين قد علق نشوءها على محض رغبته

---

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ١٨٢٢ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى ، أنظر نقض (اجتماعى) ١٩٦١/١١/٩ (د . ١٩٦٢ ص ٨٤) .

(٢) انظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الفرض . نقض (تجارى) ١٩٨٢/٩/٢٣ (د . ١٩٨٣ - أ .ر - ١٢) . ونقض ١٩٨٢/١/١٩ (د . ١٩٨٢ - ٤٥٧ وتعليق لاروميه) ، وفيه أيدت حكم الاستئناف الذى قضى بأن شروط هذا الفرض لم تكن متوافرة فى الدعوى .

هو فلا تكون الإرادة جادة فى القصد إلى الالتزام [1] . ولذلك تقضى المادة ٢٦٧ فى هذا الشأن بأنه « لا يكون الالتزام قائما . إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم » [2] .

٣- وغير مخالف للنظام العام والآداب (م ٢٦٦) :

٢٤٧- ويجب أخيرا – أن يكون الشرط أمرا مشروعا [3] . ونقصد بعدم مشروعية الشرط أن يكون الغرض من تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام غير مشروع ، وذلك بصرف النظر عن الواقعة فى حد ذاتها [4]،[5] . فإذا كان هذا الغرض مشروعاً ، صح الشرط ولو كانت

---

(١) فى هذا المعنى أيضا : ستارك بند ١٨٢٠ ، كاربونييه بند ٦٢ ص ٢٠٤ ، مارتى ورينو بند ٧٥٠ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٩٣ .

(٢) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى مادة ١١٧٤ مدنى ، وأنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : استئناف باريس ١٩٥٣/١٢/٢٢ (د. ١٩٥٤س-٤٨) ، باريس الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٧٠/٧/٢ (جـ . ك. ب ١٩٧١-٤-١٠٩) .

(٣) راجع – مع ذلك – د . جميل الشرقاوى (بند ٥٢ ص ١٧٤ . ١٧٥) ، الذى يرى أنه من غير المتصور – والشرط كوصف للالتزام يجب أن يكون عنصراً عرضيا فيه – أن يوصف بالمشروعية أو عدم المشروعية لأن هذه أو تلك هى « صفة لا تثبت إلا للغاية التى يهدف إليها شخص من الأشخاص » . وهكذا يرى أن إشارة المادة ٢٦٦ إلى عدم مشروعية الشرط « تقوم على خلط بين الشرط بمعنى الوصف والشرط كجزء من محتوى التصرف القانونى » .

(٤) فى هذا المعنى : د . أنور سلطان بند ٢٣٧ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٤٠، د . إسماعيل غانم بند ١٤٣ .

وتبعاً لذلك يستخلص بعض الشراح : أن الشروط غير المشروعة تكون بالضرورة شروطاً إرادية لأنها ترمى دائما إلى حث الشخص على اتخاذ عمل معين غير مشروع ، فيما أن الشروط الاحتمالية لا يمكن أن تكون شروطاً غير مشروعة ، ما دام أن حدوث الواقعة فى المستقبل أو عدم حدوثها ، لا علاقة له بإرادة أى من الطرفين . أنظر : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بد ٣٩٥ .

(٥) ويرى بعض الشراح أن شرط عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج ، وإن =

الواقعة فى ذاتها أمراً غير مشروع . كما لو علقت فسخ بيع منزلى لك على إيذائك لجارك . فالإيذاء فعل غير مشروع فى ذاته ، ولكن الغرض من الشرط هو حملك على عدم الإيذاء ، فهو أمر مشروع ، وبالتالى يصح الشرط . أما إذا كان الغرض غير مشروع فإن الشرط يبطل ولو كانت الواقعة فى ذاتها أمراً مشروعاً : كما لو علقت فسخ عقد إيجار إحدى شقق منزلى لك ، على عدم إيذائك للجار المقابل لحمله على إخلاء شقته . فمع أن الواقعة المعلق عليها الشرط وهى عدم الإيذاء واقعة مشروعة فى ذاتها إلا أن القصد من اشتراطها فى هذا المثال كشرط فاسخ يكون حمل المستأجر على إيذاء الجار فهو قصد غير مشروع ومن ثم يبطل الشرط .

٢٤٨- ويبقى فى هذا الصدد التساؤل عن مصير الالتزام ذاته ، إذا بطل الشرط المعلق عليه لعدم مشروعيته . هل يقتصر البطلان على هذا الأخير وحده أم يمتد بدوره إلى الالتزام . وهو ما يصدق أيضا على تعليق الالتزام على شرط مستحيل .

إذا كان الشرط واقفا فإن معنى ذلك أن المدين قد علق التزامه على وجوب تحقيق واقعة غير مشروعة ، فيكون باعثه الدافع إلى الالتزام فى هذه الحالة هو ذلك الأمر غير المشروع . وبالتالى فإن بطلان الشرط سوف يستتبع بالضرورة بطلان الالتزام ، ما دام يشترط فى هذا الأخير أن يجد الباعث الدافع إليه فى أمر مشروع .

أما إذا كان الشرط فاسخا فإنه بموجب المادة ٢٦٦/١ مدنى ، « هو نفسه الذى يعتبر غير قائم » . ومعنى ذلك أنه هو الذى يبطل وحده ويبقى

= كان شرطاً غير مشروع فى الأصل بحسبانه يهدر حرية من حريات الفرد الأساسية ، إلا أنه يمكن – استثناءً – أن يكون شرطاً مشروعاً ، كما لو كان المشترط عليه شخصاً طاعناً فى السن ، حيث يقصد بالشرط فى هذه الحالة تجنيبه اندفاعاً وراء الأهواء خطيراً عليه . أنظر ستارك بند ١٨٢٧ .

الالتزام [1] . ويجد هذا الحكم تفسيره عند البعض فى أن الالتزام فى هذه الحالة يعتبر قد قام منذ البداية باتا غير معلق « ما دام أن الواقعة المستقبلة التى تهدد بزواله بعد قيامه ونفاذه هى أمر غير مشروع لا ينبغى قانوناً أن يتحقق » [2] .

غير أن المشرع عاد فاستدرك بالفقرة الثانية من نفس النص حالة ما إذا تبين أن الواقعة المعلق عليها زوال الالتزام كانت من الأهمية فى قصد الملتزم حتى أنها كانت باعثه الدافع إلى الالتزام ، فعندئذ يعتبر الالتزام نفسه غير قائم . بما يعنى أن المشرع فى مجال الشرط الفاسخ قد فرق بين شرط ثانوى وشرط مهم ، وقصر بطلان الالتزام على عدم مشروعية الثانى وحده باعتباره – دون الأول – هو السبب الدافع للالتزام . ونرى – مع بعض الشراح أن هذا التمييز منتقد [3] . إذ لا يسوغ – من ناحية – وصف الشرط بأنه ثانوى لا يؤثر على الالتزام وقد ارتقى فى قصد الملتزم إلى حد جعله سبباً لزوال الالتزام [4] كما أنه من غير المنطقى – من ناحية أخرى – أن نعتبر الشرط فى الحالة الثانية هو السبب الدافع إلى الالتزام حين أن الملتزم قد علق عليه زوال هذا الالتزام لا إنشاءه [5] والأكثر منطقية أن يقال بأن اشتراط أمر غير مشروع يعلق الملتزم على تحققه زوال التزامه يجعل هذا الالتزام نفسه ، وليس الشرط المعلق عليه ، مبنياً على باعث دافع غير

---

(١) أنظر فى تطبيق لذلك : نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص ١١١٢ .

(٢) أنظر د . محمود جمال الدين زكى بند ٤٥٣ ، وفى نفس المعنى د . السنهورى ج ٣ بند ٢١ .

(٣) أنظر د . أنور سلطان بند ٢٣٧ ، د . إسماعيل غانم بند ١٤٣ .

(٤) فى هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٤٣ .

(٥) فى هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٤٣ .

مشروع . ومتى كان ذلك فإنه يجب – فى كل الأحوال – أن يترتب على بطلان الشرط الفاسخ لعدم مشروعيته بطلان التصرف وعدم قيام الالتزام[1] . وهى نفس الحكم المقرر فى حالة الشرط الواقف كما سبق أن ذكرنا ، لأن الالتزام إذا علق على شرط غير مشروع ، واقفا كان هذا الشرط أم فاسخا ، إنما يكون باعثه الدافع فى الحالتين هو أمر غير مشروع بما يجعل منه التزاماً باطلا [2] .

---

(١) فى هذا المعنى أيضا د . إسماعيل غانم ، الإشارة السابقة .

(٢) وفى فرنسا : تقضى المادة ١١٧٢ مدنى بأن كل شرط مستحيل أو مخالف للآداب أو محظور قانونا ، يكون باطلا ، ويؤدى إلى بطلان الاتفاق المعلق عليه . (أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : استئناف أنجيز ١٩٦١/٦/١٦ « د. ١٩٦١ – ٥٧٢ » . فيما تقصر المادة ٩٠٠ – فى خصوص التبرعات (الهبات والوصايا) – البطلان فى هذه الأحوال ، على الشرط وحده دون التصرف الذى يتضمنه . ويشير ستارك (بند ١٨٢٨) إلى أن الحل المقرر بالمادة الأخير يستند إلى اعتبارات تاريخية .

لكن القضاء الفرنسى لم يتبع ، فى الواقع ، هذه التفرقة : فمن ناحية قضى ببطلان التبرعات – تأسيساً على المادة ١١٣١ مدنى – إذا كان الشرط المستحيل أو المخالف للقانون أو للآداب التى علقت عليه ، قد لعب دوراً رئيسيا فى نشأتها لأنه كان هو الباعث الدافع إلى التبرع (أنظر مثلا : نقض (عرائض) ١٩٠٩/١/٥ (د . ١٩١٣–٥–٣٥) ، نقض ١٩٣٨/١٢/٢٨ (د . ١٩٣٩ – ١٣٢) وبالمقابلة ، بدا له من المبالغ فيه إبطال عقد المعاوضة بأكمله إذا كان الشرط المستحيل أو المخالف للقانون أو للأخلاق ، شرطا ثانويا لم يكن هو الباعث الدافع إلى الالتزام . وقصر – من ثم – أثر البطلان على الشرط وحده (أنظر مثلا : نقض ١٩٣٣/١١/٢١ د . ١٩٣٣ – ١٩ ، السين المدنية ١٩٤٧/١٢/٢٠ (ج – ب ١٩٤٨ – ١ – ٥٦ ر .ت ١٩٤٨ – ٣٣٢ وتعليق هنرى وليون مازو) . أنظر فى تأييد هذا الحل كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٩٥) وهكذا وصل تقريبا إلى ما يشبه الحكم فى القانون المصرى .

الآثار التى تترتب على الشرط [1]:

يرتّب الشرط -- فى أثناء فترة التعليق وقبل أن يعرف مصيره - آثارا تختلف عما يرتبه بعد انتهاء التعليق وتبين مصيره ، تحققا أم تخلفا .

أولا : آثار الشرط فى فترة التعليق :

(أ) فى حالة الشرط الواقف :

٢٤٩- إذا كان الشرط واقفا كان للدائن - فى فترة التعليق - حق فى مواجهة المدين وليس مجرد أمل (٢) ، ما دام أن المدين لا يمكنه قبل أن يبين مصير الشرط أن يتحلل مما وعد به الدائن .

ويتفرع على وجود هذا الحق : أن يكون « للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه » (م٢٦٨ مدنى) كقيد الرهن أو تسجيل العقد . كما أن هذا الحق يقبل الخلافة العامة والخاصة . وهو يخول صاحبه أيضا أن يباشر من دعاوى المحافظة على الضمان العام ما لا يستلزم أن

---

(١) أنظر فى هذا الشأن ، مقال نيلوتر ، المجلة الانتقادية ١٩١٢ سابق الإشارة

(٢) وتعبيراً عن مركز الدائن أثناء فترة التعليق يقول د . إسماعيل غانم ، أنه وإن « لم يكتسب الحق الذى تعهد به المدين بعد ، إلا أن له حقا مكتسبا فى أن يوجد الالتزام إذا ما تحققت الواقعة المشروطة » ، بند ١٤٥ ، كذلك جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية أن حق الدائن فى الالتزام المعلق على شرط واقف هو من الحقوق التى ينظمها القانون ويحميها . نقض ١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السنة ١٧ (عدد ٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ . وأنظر عكس ذلك ، وأن الدائن تحت شرط واقف ليس له إلا مجرد أمل :

PLANIOL (M), RIPERT (G) et BOULANGERS (J) : Tr élé de droit . Civil . T . 3éd . 1949 N . 1358 .

وإن كانوا يقولون ، فى نفس الوقت ، أن الدائن هنا يملك « شيئا » يجب الاعتداد به، هو الأمل فى أن يكون يوماً ما دائنا . ويرون فى هذا الأمل مما ينظمه القانون ويحميه . أنظر فى التعليق على هذا الرأى . د . السنهورى ج ٣ ص ٣٩ هامش ١ .

يكون حق الدائن مستحق الأداء كدعوى الصورية . غير أن هذا الحق من ناحية أخرى – والواقعة المستقبلة التى علق عليها قد لا تتحقق – لا يعدو أن يكون حقا محتملا [1] غير مؤكد . ويتفرع على ذلك : أنه من ناحية لا يقبل التنفيذ الجبرى [2] ، لا بشكل مباشر (كأن يطالب الدائن به قضاء) ولا

---

(١) فى هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٤٥ . وقارن د . السنهورى ج٣ بند ٢٩ الذى يجعل للحق الاحتمالى مرتبة فى الوجود والنفاذ أدنى من مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، حيث الأول لا وجود له ويحتمل الوجود ، أى أنه معدوم على خطر الوجود ، فيما أن الثانى موجود فعلا ولكنه غير كامل الوجود . وانظر بوجه عام فى تفاصيل مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ ، نفس الموضع من نفس المؤلف .

وفى فرنسا : يرى البعض أن للدائن فى هذه الفترة حقا محتملا ، يحتل منطقة وسطا بين مجرد الأمل (الذى لا يعتبره حقا) والحق المحض المجرد . ويقصد بالأمل هنا ، أمل الدائن فى أن يرى يوما الشرط الواقف وقد تحقق ومن ثم نشأ الالتزام . كما يصف هذا الحق الاحتمالى بأنه حق ضعيف جدا . أنظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٩ ، ١٠٣٢ ، ويرى البعض الآخر ، أن للدائن فى هذه الفترة حقا مؤكدا لكن الميزات التى تنتج عنه ميزات محدودة أنظر ستارك بند ١٨٣٤ ، وعلى حد تعبير بعض ثالث ، تكون « بذرة Le germe» الحق موضوعة فى هذه الفترة ، أنظر كاربونييه بند ٦٣ ص ٢٠٧ ، كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٣٩٧ ، ويقترب من نفس المعنى : جوسران بند ٧٤٠ ، ويتوقف مارتى ورينو ، مسلمين بأن للدائن فى هذه الفترة حقا مما يصعب تحديد طبيعته ، بند ٧٥٤ ، ولكنهما مع ذلك لا يرون فيه مجرد حق احتمالى . وانظر فى الحق الاحتمالى ، بوجه عام ، مرافعة فابر أمام محكمة باريس الابتدائية (الاستئنافية) فى ١٩٦٨/٧/٣ (ج .ك .ب ١٩٦٨ – ٢ – ١٥٥٩٦) .

(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه بالنظر إلى أن الالتزام فى فترة التعليق يكون موجودا ولكن وجوده ليس مؤكدا ، فإنه لا يجوز للدائن خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختياراً طالما لم يتحقق الشرط . ورتبت على ذلك أن دعوى صحة التعاقد التى يرفعها الدائن قبل تحقق الشرط تكون قد رفعت « قبل أوانها » ، ما دام أن موضوع هذه الدعوى لا يقتصر على صحة العقد « بل يتناول =

بشكل غير مباشر (كأن يقاصى به دينا عليه للمدين) . كما أن الدائن لا يستطيع كذلك أن يرفع من دعاوى المحافظة على الضمان العام ما يستلزم أن يكون الحق مؤكداً كالدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . كما أنه أيضا لا يقبل التنفيذ الاختيارى ، ومن ثم فإذا أوفاه المدين جاهلا قيام الشرط كان له استرداد ما أوفاه . غير أن التزام المدين به لا يسقط بالتقادم المسقط طيلة ما بقى التعليق قائما ما دام أن التقادم لن يبدأ سريانه إلا من وقت تحقق الشرط [1] .

(ب) فى حالة الشرط الفاسخ :

٢٥٠- إذا كان الشرط فاسخا كان للدائن حق موجود ونافذ ، ولكنه مهدد بالزوال في المستقبل إن تحققت الواقعة المعلق عليها زوال الالتزام[2] . ويتفرع على وجود هذا الحق : أن يكون لصاحبه – طيلة فترة التعليق – كل حقوق الدائن بالتزام بسيط منجز ، من حيث إمكان المطالبة به جبرا ، وصحة الوفاء به اختيارا ، وصحة الاستناد إليه فى رفع دعاوى المحافظة على الضمان العام جميعا . كما يسرى التقادم المسقط فى شأنه من وقت قيامه . أما من حيث إمكان التمسك بالمقاصة فالبعض لا يجيزها بين حق من هذا النوع محتمل الزوال وبين دين بسيط على

= تنفيذه أيضا ، اعتبارا بأن الحكم الذى يصدره القاضى فى الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقا للمادة ٢٠٠ مدنى » . نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ .

(١) أنظر نقض مصرى ١٩٧٢/٢/٢٩ المجموعة السنة ٢٣ (عدد ١) رقم ٤١ ص ٢٦١ .

(٢) أنظر نقض مصرى ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص ١١١٢ .

الدائن لمدينه [1]، حين يرى البعض الآخر جواز المقاصة بهذا الحق على أن يكون مصير المقاصة نفسها رهنا بتحقق الشرط الفاسخ . حيث يترتب على هذا التحقق زوال المقاصة بأثر رجعي [2] .

ويتفرع على احتمال زوال حق الدائن ، أن التصرفات التى يباشرها عليه خلال هذه الفترة تقع مرهونة بمصيره وتكون من ثم عرضة للزوال .

ثانيا : آثار الشرط بعد تبين مصيره :

مدلول تحقق الشرط ، ومدلول تخلفه :

٢٥١- يبين مصير الالتزام إذا انتهت فترة التعليق ، بتحقق الشرط أو بتخلفه . ويجب – حتى يمكن القول بأن الشرط قد تحقق أن تكون الواقعة التى علق عليها الالتزام قد تحققت بالفعل ، وعلى النحو ، وفى المدة التى اتفق عليها الطرفان إن كانا قد حددا شروطاً لتحقق الواقعة ، أو ضربا زمنا معينا يجب أن تتحقق فيه [3]،[4] .

---

(١) من هذا الاتجاه : د . السنهورى ج ٣ ص ٤٥ هامش ١ ، د . أبو ستيت بند ٦٨٥ ، د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٥١ ، د . محمود جمال الدين زكى بند ٤٥٥ .

(٢) من هذا الاتجاه : د . أنور سلطان بند ٢٤٠ ، د .إسماعيل غانم بند ١٤٦ وهامش ٢ من ص ٢٩٧ ، د . البدراوى بند ٢٢٧ ، ويؤيده ضمنا د . شمس الدين الوكيل بند ٢٣٤ ، د .عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٤٤ ، د .جميل الشرقاوى بند ٥٣ ، ستارك بند ١٨٣٣ .

(٣) وقد قضى – في فرنسا – بأنه فى حالة ما إذا لم يكن الطرفان قد حددا مدة يجب أن يتحقق الشرط فيها ، فإن مرور وقت طويل دون تحقق هذا الشرط يمكن معه أن يعتبر هذا الأخير قد تخلف . أنظر استئناف مونبلييه ١٩٤٨/٦/٢٣ (د . ١٩٤٨–٥٤٣) . وفى هذه الدعوى كان الشرط هو الحصول على ترخيص إدارى ، وفيها قضت المحكمة بأن الطرفين فى هذه الحالة يعتبرا قد اتفقا ضمنا على مهلة . وللمحكمة استخلاص هذه المهلة .

(٤) فإذا تحقق الشرط فى المدة المحددة ، رتب الالتزام أثره (من يوم إبرام =

وإذا كان الشرط سلبيا [1] – بمعنى أن الالتزام علق على شرط عدم وقوع أمر ما فى المستقبل – وكان محددا بوقت معين ، فإنه يتحقق بداهة – إذا انقضى هذا الوقت دون أن يقع هذا الأمر . وهو « يتحقق كذلك قبل انقضاء هذا الوقت ، إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع » [2] . أما إذا لم يكن محددا بوقت « فإن الشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكدا عدم وقوع الأمر ، وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمراً يبلغ حد اليقين . وتقدير ذلك ، بأدلة تبرره عقلا ، مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع » [3] .

٢٥٢– ويتصور – عملا – أن يكون الالتزام معلقا على شرطين ، وفى هذه الحالة ، فإنه يلزم لوجوب تنفيذه أن يتحققا معا ، ومن ثم فإنه يكفى للقول بعدم وجوب هذا التنفيذ تخلف أى منهما [4] .

٢٥٣– غير أن الشرط يعتبر قد تحقق حكما [5] . ولو تخلف فعلا إذا

= العقد كما سنرى) ولو كان الدائن به قد توفى خلال فترة التعليق ، حيث ينتقل الحق فيه إلى ورثته . وعلى ذلك صراحة نص المادة ١١٧٩ مدنى فرنسى .

(١) أنظر فى تقسيم الشرط إلى ايجابى وسلبى ، ومدلول كل منهما : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٩٤ .

(٢) أنظر نقض مصرى ١٩٧٦/٣/٣١ المجموعة السنة ٢٧ رقم ١٦١ ص٨٣٨ .

(٣) أنظر نقض مصرى ١٩٧٦/٣/٣١ المجموعة السنة ٢٧ رقم ١٦١ ص٨٣٨ .

(٤) أنظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/١٤ المجموعة السنة ١٧ « ع/٣ » رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩ ، وقد جاء فيه أن الحكم المطعون فيه ، إذ استند « فى استبعاد العقد إلى عدم تحقق أحد الشرطين ، كان ذلك كافيا وحده لحمل قضائه فى هذا الخصوص ، ويكون غير منتج النعى عليه بأنه اعتمد على تخلف الشرط الآخر الذى لم يؤذن بإثباته » .

(٥) هذا وليس الدائن بالالتزام الشرطى هو الذى يقع عليه – فى هذه الحالة =

كان من له المصلحة فى تخلفه هو الذى حال دون هذا التحقق بخطأ منه [1] . ومثاله فى الشرط الواقف أن يعد شخص شخصاً آخر بمبلغ من المال إذا نجح فى الامتحان ثم يعوقه عن دخول هذا الامتحان . عندئذ يكون الواعد ، وهو من له مصلحة فى تخلف الشرط الواقف ، هو الذى حال دون تحقق هذا الشرط بخطأ منه ، فيعتبر الشرط قد تحقق مع أنه فى الواقع قد تخلف . ومثاله فى الشرط الفاسخ أن يؤجر شخص شقة لآخر على أن ينفسخ الايجار إذا تزوج ابن المؤجر فيعمد المستأجر إلى قتل هذا الابن . ويمكن تخريج هذا الحل على أساس من أن الخطأ المتمثل فى الحيلولة دون تحقق الشرط يستتبع إلزام المخطئ بالتعويض . وخير تعويض فى هذه الحالة هو اعتبار الشرط قد تحقق ضده [2] .

٢٥٤- ويعتبر الشرط قد تخلف حكما ولو تحقق فعلا إذا كان صاحب المصلحة فى تحققه قد حققه (أى حال دون تخلفه) بخطأ منه . ومثاله فى الشرط الواقف أن تتعهد شركة تأمين بدفع مبلغ للمستأمن إذا احترقت منشأته ، فيعمد هذا الأخير إلى إحراقها . ومثاله فى الشرط الفاسخ أن يؤجر شخص سيارة لآخر على أن يفسخ الإيجار إذا أعطبت سيارة شقيقه فيعمد المؤجر إلى إعطاب سيارة هذا الأخير .

= عبء إثبات أن الشرط كان سيتحقق لولا أن حال المدين دون تحققه ، إنما المدين هو الذى له – إذا أمكنه – أن يقيم الدليل على أن الشرط ما كان سيتحقق حتى ولو لم يكن قد حال – بفعله – دون تحققه . أنظر فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٥٦ .

(١) أنظر من تطبيقات القضاء : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السنة ١٧ (ع/٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ ، وفى فرنسا : استئناف تولوز ١٩٦٠/١٠/١٩ (د. ١٩٦٢ – ٩٦ وتعليق برو) ، استئناف باريس ١٩٦٢/٣/١٣ (د. ١٩٦٢–٤٥٨) .

(٢) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٥٦ .

هذا وليس يلزم لاعتبار الشرط قد تحقق أو تخلف حكماً ، على التحديد السابق ، أن يصل خطأ المدين في هذا الشأن إلى درجة العمد أو الغش [1] ، حين لا يكفي – بالمقابلة – أن يكون مجرد عمله هو الذي حال دون تحقق الشرط أو تخلفه من غير أن ينطوي (أي هذا العمل) على خطأ [2]،[3] .

أثر تحقق الشرط ، وأثر تخلفه :

٢٥٥– ويبقى – بعد تحديد مدلول تحقق الشرط ومدلول تخلفه – أن نعرض لآثار الشرط بعد تحققه أو تخلفه : مفرقين في كل فرض ، بين ما إذا كان الشرط واقفا أم فاسخا .

أ– تخلف الشرط :

٢٥٦– إذا كان الشرط واقفا وتخلف ، ترتب على ذلك انعدام احتمال تحقق الالتزام الذي كان معلقا عليه ، فيزول ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية . (لأن للشرط في تحققه أو تخلفه أثرا رجعيا كما سنرى) . ويتفرع على ذلك زوال التصرفات التي يكون الدائن قد باشرها بالاستناد إلى حقه المحتمل أثناء فترة التعليق . كما يسقط ما يكون قد اتخذه من إجراءات للحفاظ على هذا الحق في نفس الفترة .

٢٥٧– أما إذا كان الشرط فاسخا وتخلف ، فإن معنى تخلفه أن الواقعة التي كانت تهدده بالزوال قد تأكد أنها لن تتحقق فيتأبد الحق نهائيا وتتأبد بالتالي جميع التصرفات التي باشرها الدائن عليه في أثناء فترة التعليق .

---

(١) كما لا يلزم أن يكون هذا الخطأ ثابتا ، إذ يمكن ، في هذا الشأن ، أن يكون مجرد خطأ مفترض . أنظر في هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٤٦/٥/٢١ (د . ١٩٤٦ – ٤٠٣ وتعليق H.L) .

(٢) في هذا المعنى : مارتي وربنو بند ٧٥٦ ، د . السنهوري ج٣ بند ٣٧ .

(٣) كما لو كان المدين بعمله هذا – مثلا – يستعمل حقا له . أنظر في هذا المعنى : محكمة السين المدنية ١٩٣٣/٥/١٥ (د . ١٩٣٣ – ٣٧٤) .

ب- تحقق الشرط :

٢٥٨- إذا كان الشرط واقفا وتحقق تأكد وجود الالتزام ، وأصبح حق الدائن الذى كان مجرد محتمل خلال فترة التعليق ، حقا نافذا ومستحق الأداء . ومن ثم يصبح صالحا لترتيب جميع الآثار التى يرتبها الالتزام البسيط ، وذلك منذ نشأة هذا الالتزام . وتفريعا على ذلك فإنه إذا ما كان الشرط الواقف قد ورد – بالفرض – فى عقد ملزم للجانبين ، وكان الدائن صاحب الحق المعلق على الشرط قد بادر باختياره ومتحملا مخاطر هذه المبادرة إلى تنفيذ جانب مما يلتزم به فى هذا العقد ، قبل تحقق الشرط ، ثم أدركه هذا التحقق ، فإن حقه فى مقابل هذا الالتزام الذى نفذ يصبح مؤكدا ، ويتعين على المدين أن يفى به له [1] .

كذلك يبدأ سريان التقادم فى شأن هذا الالتزام ولكن منذ تحقق الشرط ، كما سنرى فيما بعد .

٢٥٩- أما إذا كان الشرط فاسخا وتحقق ، أصبح زوال الالتزام الذى كان أثناء فترة التعليق مجرد احتمال ، أمرا محققا . ويعتبر حق الدائن وكأنه

---

(١) وفى هذا الخصوص ، طرح على القضاء الفرنسى دعوى تتعلق بعقد مقاولة ، كان التزام رب العمل فيه ، معلقا على شرط حصوله على قرض يمكنه من دفع تكاليف الأعمال . حيث بادر المقاول ، فى هذا العقد ، إلى تنفيذ جانب من مشروع الأعمال قبل أن يتحقق هذا الشرط ، ثم حصل رب العمل على القرض ، فى الوقت الذى عدل فيه عن فكرة تنفيذ هذا المشروع ، فطالبه المقاول بدفع تكاليف الأعمال التى سبق أن نفذها . فقضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن محكمة الاستئناف التى رفضت طلب المقاول تأسيسا على أن التزامات الطرفين كانت قد نشأت فقط من تاريخ الحصول على القرض ، وأن المقاول لم يكن من حقه أن يبدأ فى تنفيذ الأعمال إلا بعد هذا التاريخ ، قد جانبت الصواب . لأنها « عندما قضت بهذا الشكل دون أن تبحث ما إذا كان العقد يحظر على المقاول أن يبدأ الأعمال قبل تحقق الشرط ، لم تقدم أساساً قانونيا لحكمها » . انظر : نقض فرنسى ١٩٧٦/٢/١٩ (د . ١٩٧٦ – أ .ر – ١٥٠) .

لم يوجد أصلا [1] . فتزول بالتالي جميع التصرفات التي باشرها على هذا الحق أثناء فترة التعليق . ولم يستثن المشرع من ذلك سوى أعمال الإدارة التي يكون الدائن قد أجراها خلال فترة التعليق . فهذه الأعمال تبقى رغم تحقق الشرط . ويجد هذا الاستثناء تبريره في أن هذه الأعمال من الضروري القيام بها في الوقت المناسب حتى لا يتعطل استغلال الأموال . على أن هذا الاستثناء مشروط من ناحية بحسن نية الدائن الذي أجراها ومن ناحية أخرى بعدم تجاوز هذه الأعمال الحد المألوف في أعمال الإدارة (والمألوف في مدة الإجارة مثلا – هو ثلاث سنوات) .

الأثر الرجعي للشرط [2][3]:

٢٦٠– إذا تحقق الشرط أو تخلف فإن تحققه أو تخلفه إنما يستند إلى

---

(١) وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة النقض المصرية ، بأنه إذا تحقق الشرط الفاسخ الذي علق عليه الالتزام في عقد هبة ، زال هذا الالتزام « وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول ، وإنما يكفي تحقق الشرط . كما لا يجوز للموهوب له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع في الهبة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه » . نقض ١٩٧٨/٣/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٥٢ ص ٧٧٣ .

(٢) أنظر في هذا الشأن :

JAMBU - MERLIN (R) : Esssai sur la rétroactivité dans les actes Juridique . Rev Trim 1948 P 271 . 299 ; GEGOUT ; Essai sur la rétroactivité conventionnelle Rev crit 1931 P . 253 et s . ; CHAUSSE (J) : DE la rétroactivité dans les actes juridiques Rev . Crit . 1900 P . 529 – 547 .

مارتي ورينو بند ٧٥٩ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤٠٠ ، وراجع في النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للشرط الواقف :

LOUSSOUARN (Yvon) : Consequences de la rétroactivité de la condition suepencive . Rev . trim . 1969 P . 564 . No 13 .

(٣) أنظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذه القاعدة : نقض ١٩٧٦/٢/١٩ (د . ١٩٧٦ – أ .ر– ١٥٠) ، نقض ١٩٦٨/١٠/٣ (د . ١٩٦٩ – ٨١ ، ر . ت ١٩٦٩ – ص ٥٦٤ بند ١٣ وتعليق لوسوارن) .

وقد قضى ، في فرنسا ، بأنه في حالة بيع عقار تحت شرط واقف فإن قيمة هذا العقار يجب أن تكون مقدرة بالنظر إلى يوم البيع وليس إلى يوم تحقق الشرط ، وذلك لمعرفة ما إذا كان هذا البيع يقبل الإبطال بسبب الغبن ، أنظر نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ (ج . ك . ب ١٩٦٧ – ٢ – ١٥٣٠٧) .

الوقت الذى نشأ فيه الالتزام . ويقال عندئذ أن للشرط أثر رجعيا [1] . ويأخذ القانون المدنى المصرى بهذه القاعدة كأصل متبعا فى ذلك مذهب الشرائع اللاتينية ، ويورد عليها بعض الاستثناءات ، وذلك على العكس من الشرائع الجرمانية التى لا تأخذ بهذه القاعدة [2] كأصل وذلك لما فيها من خطورة على مصالح الأغيار [3] وإن أجازتها فى بعض الاستثناءات [4] .

٢٦١- وتبرر هذه القاعدة - عادة - على أساس من اعتبارها تفسيراً معقولاً لإرادة المتعاقدين [5] اللذين لو كانا يعلمان منذ البداية أن الواقعة المستقبلة التى علقا عليها وجود الالتزام أو زواله سوف تتحقق بشكل مؤكد لما كانا قد لجأ إلى التعليق على الشرط فى الحالة الأولى ولما اتفقا على إنشاء الالتزام أصلاً فى الحالة

---

(١) وفى تأصيل هذه القاعدة يرى البعض أنها مجاز أو افتراض قانونى . فى هذا المعنى : جوجولار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٩٧ ، بودرى لاكانتنرى وبارد (أشار اليهما كاربونييه ص ٢٠٩) ، وفى مصر - . إسماعيل غانم بند ١٥٠ ، فيما يرى فيها البعض الآخر مطابقة للحقيقة ، فالحق المشروط يوجد من قبل ، فى حالة كامنة ، قبل تحقق الشرط . وما حصول الحدث المستقبل إلا تأكيد له : أنظر فى هذا المعنى : كورنى ، تعليق (س ١٩٥١ - ١ - ١٢٧ عمود ١) ، لارومبير (أشار إليه كاربونييه ص ٢٠٩) .

(٢) كذلك لم يلجأ الرومان إلى مثل هذه الحيلة . أشار لذلك جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ ، وكاربونييه بند ٦٣ ص ٢٠٩ .

(٣) ويمثل كاربونييه لهذه الخطورة ، بفرض المشترى حسن النية الذى يشترى من مالك تحت شرط فاسخ .

(٤) كما أنها تجيز للمتعاقدين اشتراطها صراحة فى العقد ، حين لا ترتب الرجعية فى هذه الحالة أثرها إلا فى علاقة الطرفين ، ودون إضرار بحقوق الغير . أشار لذلك : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤٠٠ ، جوجلار (دروس ماوز) بند ١٠٣٥ .

(٥) فى هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٥٠ .

الثانية [1] . كما تجد تبريرها العملى فى حماية الطرف الذى يتحقق الشرط لمصلحته (وهو الدائن فى الشرط الواقف ، والمدين فى الشرط الفاسخ) من آثار التصرفات التى يمكن أن يكون الطرف الآخر قد باشرها على الحق أثناء فترة التعليق ، فلا تنفذ هذه التصرفات فى مواجهته [2] .

٢٦٢- غير أن هذه القاعدة كما سبق أن ذكرنا تقبل الاستثناءات التالية :

١- للطرفين أن يتفقا على استبعاد الأثر الرجعى للشرط . فطالما أن هذه الفكرة فى ذاتها إنما تستند إلى الإرادة المحتملة للمتعاقدين ، فإنه إذا ما كذبتها إرادتهما الحقيقية وجب التعويل على هذه الأخيرة [3] .

٢- كذلك قد تستعصى طبيعة بعض العقود على إعمال فكرة الأثر الرجعى للشرط . كما فى عقود المدة أو العقود الزمنية . فإذا علق عقد الإيجار - مثلا - على شرط فاسخ ولم يتحقق هذا الشرط إلا بعد مدة معينة تمكن خلالها المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، فلا يمكن فى هذه الحالة أن نجعل لهذا الفسخ أثرا رجعيا طالما أن ما مضى من زمن (على انتفاع المستأجر بالعين) لا يمكن الرجوع فيه .

---

(١) أنظر عكس ذلك ، وأن هذا التفسير أقرب إلى التخمين ، لأن الطرفين لو كان لديهما فعلا مثل هذه النية لكانا قد أفصحا عنها ، أما وقد التزما الصمت - على العكس ، فإن المنطقى أكثر أن يفترض أنهما بتعليقهما الالتزام على واقعة مستقبلة ، قد قصدا أن يرجئا نشأة هذا الالتزام إلى المستقبل . كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤٠٠ .

(٢) فى هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٥٠ .

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الاستثناء : نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ (ج ك . ب ١٩٧١ - ٢ - ١٦٦٧٤ وتعليق مورجيون) ، نقض (عرائض) ١٩٢٥/٢/١٠ (س ١٩٢٥ - ١ - ٦٢) .

٣- ومقتضى اعتبارات العدالة استبعاد فكرة الأثر الرجعي للشرط ، إذا هلك محل الالتزام بسبب أجنبي أثناء فترة التعليق ، وذلك لوضع هذه التبعة موضعها الذي ينبغي أن يكون . وقد حرص المشرع على تحقيق هذه الاعتبارات حين نصت المادة ٢/٢٧٠ مدنى على أنه « لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يعد للمدين فيه »[1] .

ذلك أنه من المعروف أن الشيء يهلك أصلا على مالكه ، وهذا ما يسمى بتبعة الشيء . فإذا كان هذا الشيء محلا لعقد بيع فان تبعة هلاكه تكون رهنا بالتسليم ، وهذا ما يسمى بتبعة العقد . ومقتضى إعمال فكرة الأثر الرجعي للشرط وهي لا تعدو أن تكون مجازا ، أن توضع التبعة في بعض الفروض موضعا يخالف هذه الأصول .

فإذا انعقد البيع معلقا على شرط واقف وهلك المبيع في فترة التعليق ، ثم تحقق الشرط ، فإن إعمال فكرة الأثر الرجعي لتحقق الشرط سوف يؤدى إلى القول بأن البيع قد انعقد منذ البداية باتا ، وانتقلت بموجبه الملكية للمشترى . فإذا كان هذا الأخير قد تسلم المبيع فى فترة التعليق ومن ثم هلك تحت يده فإنه هو الذى يتحمل تبعة الهلاك باعتباره مشتريا تسلم الشيء وتبدو عدم عدالة هذا الحل - بصفة خاصة - في القانون الفرنسي الذى يربط تبعة الهلاك فى البيع بانتقال الملكية . ولما كانت هذه الأخيرة تعتبر - بإعمال فكرة الأثر الرجعى قد انتقلت للمشترى من وقت البيع فان المبيع يهلك عليه حتى ولو كان البائع لم يسلمه إليه بعد . لذلك كان من المفهوم أن يعطل المشرع إعمال فكرة الأثر الرجعي فى هذه الحالة . ومؤدى هذا التعطيل أن الملكية لن تنتقل إلى المشترى إلا منذ تحقق الشرط . بيد أن

---

(١) وفى نفس المعنى ، م ١١٨٢ مدنى .

الفرض هو أن محل البيع كان قد هلك قبل ذلك فى فترة التعليق وعندئـذ لا يكون عقد البيع قد انعقد لانعدام محله ، ولا يكون المبيع قد خرج من ملـك البائع ، فلا تنطبق فكرة تبعة العقد وإنما تعود إلى الأصل ، فتكـون تبعـة هلاك الشيء على مالكه ، وهو البائع سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده .

أما إذا كان البيع قد انعقد معلقا على شرط فاسخ ، وهلك المبيع خلال فترة التعليق ، ثم تحقق الشرط ، فإن مؤدى إعمال فكرة الأثر الرجعـى أن يعتبر البيع كأن لم يكن منذ البداية أو بعبارة أخرى أن الشيء لم يخرج قـط من ملكية البائع (مالكه الأصلى) فيهلك عليه وفقا للأصل فى تبعه هـلاك الشيء ، وهو غير عادل ، خاصة إذا كان البائع قد سلم المبيع قبل هلاكه إلى المشترى . لذلك يكون من المفهوم أيضا تعطيل فكرة الأثر الرجعى فى هذه الحالة . ويترتب على هذا التعطيل ألا يعتبر البيع قـد زال إلا منـذ تحقـق الشرط . وبعبارة أخرى يعتبر العقد قائما منذ نشأة الالتزام الشرطى وحتـى تحقق الشرط . ولما كان الفرض أن المبيع قد هلك فى هذه الفترة أى أثنـاء قيام العقد فإن قواعد تبعة العقد هى التى يجب أن تطبق وبموجبهـا سـوف ترتبط تبعة الهلاك بالتسليم .

٤- لما كان مبنى فكرة التقادم المسقط أن الدائن يكـون بإمكانـه أن يطالب بالدين ويقعد عن هذه المطالبة طيلة المدة التى حددها القانون ، بمـا يجعل من المفهوم سقوط حقه ، وكان من شأن إعمال فكرة الأثـر الرجعـى لتحقق الشرط الواقف أن يعتبر حق الدائن مستحق الأداء من وقت الاتفـاق فنحاسبه بهذا الشكل على مضى فترة التعليق كلها ، حين أنه كان لا يمكنـه قانونا أن يطالب بحقه خلال هذه الفترة كان من المنطقى أيضـا أن يتعطـل إعمال فكرة الأثر الرجعى للشرط فى هذه الحالة ، فلا تحتسب مدة التعليـق فى حساب مدة التقادم المسقط ، بمعنى أن هذا الأخير لا يبدأ فى السريان إلا

منذ تحقق الشرط [1] .

٥- ويضاف إلى كل ما تقدم ما سبق أن ذكرناه بخصوص بقاء أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تحت شرط فاسخ فى فترة التعليق [2] .

المبحث الثانى

الأجل [3]

Le terme

تعريف الأجل وخصائصه :

٢٦٣- ورد تعريف الأجل فى المادة ٢٧١ مدنى ، حين قضت بأنه « يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع » . ومن هذا النص يمكن تعريف الأجل بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فإذا كان يترتب على حلوله نفاذ الالتزام سمى أجلا واقفا . وإن كان يترتب عليه انقضاء الالتزام سمى أجلا فاسخاً .

---

(١) أنظر نقض مصرى ١٩٦٦/٢/١٠ المجموعة السنة ١٧ (ع/٢) رقم ٧٧ ص ٥٦٤ ، وفيه رأت المحكمة ، فى ضمان الاستحقاق ، التزاما شرطيا ، يتوقف على نجاح المتعرض فى دعواه ، ويبدأ تقادمه من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائى ، لا من وقت رفع دعوى الاستحقاق .

(٢) راجع فى التقليل من أهمية أو قيمة مثل هذه القاعدة مع وجود هذه الاستثناءات الكثيرة عليها ، د . إسماعيل غانم بند ١٥٢ ، وأنظر أيضا فى نقد الأخذ بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى ، وبخاصة لما فيها من خطورة على مصالح الأغيار . كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤٠٠ .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع : عبدالناصر توفيق العطار ، الأجل فى الالتزام . رسالة القاهرة ١٩٦٤ .

١- الأجل أمر مستقبل :

٢٦٤- وفي هذه الخاصية يشترك الأجل مع الشرط . والأمر المستقبل قد يكون تاريخا محددا ، كأن أوجرك منزلي ابتداء من أول ينـاير ٢٠٠٩ ، أو واقعة مستقبلة قد لا يعرف تاريخ وقوعها بالضبط لكنها لم تحدث بعـد ، كأن أتعهد لك في بداية العام الدراسي بإيجار سيارة لك في أجازة نصف العام التي لم تكن قد تحدد تاريخها بعد . فإذا كان الالتزام قد أضيف إلى أمر يُعتقد أنه لم يتحقق بعد ، وكان في الواقع قد تحقق ، فإن الالتزام يكون في الواقـع منجزا . كما لو تعهد شخص لآخر بإهدائه كتابا عند ظهور نتيجة الامتحـان وتكون النتيجة قد ظهرت من قبل دون أن يعلم .

٢- الأجل أمر محقق الوقوع :

٢٦٥- وهذه الخاصية هي التي تميز الأجل عن الشـرط . لأن هـذا الأخير - كما سبق أن ذكرنا - أمر مستقبل غير محقق الوقوع وهو لـذلك يجعل الالتزام المعلق عليه محتملا في وجوده أو انقضائه . أما الأجل فهـو أمر محقق الوقوع في المستقبل ، حتى ولو لم يعرف تاريخ وقوعه بالتحديد كالوفاة [١] . ولذلك فإن مصير الالتزام المضاف إلى أجل ، معروف مقدما ، إذ يكون بالإمكان مقدما معرفة الوقت الذي سيبدأ فيه سريانه أو الوقت الذي سينقضي فيه . وهذه الخاصية تنعكس على أثر الأجل لتميز بينه أيضا وبين الشرط . فالأجل كوصف للالتزام لا أثر له في وجوده . لأنه يرد على التزام موجود بشكل مؤكد ليرجئ نفاذه أو يحدد مدة هذا النفاذ ، حين يرد الشـرط كوصف للالتزام على وجود هذا الالتزام ذاته فيجعله محتملا .

---

(١) وتقضي الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ مدني مصري بأنه : « ويعتبر الأمـر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه » .

وقد يبدو – من ظاهر عبارات العقد – فى بعض الأحيان ، أن الأمر يتعلق بأجل ، حين أنه يتعلق فى الحقيقة بشرط ، ما دام أن الواقعة المستقبلة غير محققة الوقوع . ومثاله ما طرح على محكمة النقض المصرية ، حيث كان عقد إيجار يتضمن بندا مفاده أن مدة هذا العقد سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص ويجوز تجديدها لمدة أخرى ، ويصرح للمستأجر – وإلى أن يصدر هذا الترخيص – بإجراء التحسينات التى قد يرى إدخالها فى المكان المؤجر ، لكن لا يجوز له أن يبدأ فى افتتاح المكان وتشغيله قبل الحصول على الترخيص . وقد قضت – بحق – فى هذه الدعوى ، بأن عقد الإيجار هنا يكون معلقا نفاذه « على شرط موقف غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الإدارى اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة ، باعتباره ليس مرتهنا بإرادة أحد طرفى الالتزام ، وإنما يتصل أيضا بعامل خارجى هو إرادة الجهة الإدارية المختصة بإصدار الترخيص » [1] .

أنواع الأجل :

أ- أنواع الأجل من حيث أثره :

٢٦٦- ينقسم الأجل من حيث أثره إلى نوعين :

أجل واقف : يترتب عليه إرجاء تنفيذ الالتزام إلى وقت حلول الأجل ، كالتزام المقترض برد القرض فى الميعاد المتفق عليه .

٢٦٧- والالتزام المضاف لأجل واقف له وجوده الكامل ، ولكنه

(١) نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ ، وراجع – بوجه عام – فى التفرقة بين الأجل والشرط مقال لوسوارن ، بالمجلة الفصلية ١٩٧٠ سابق الإشارة إليه .

التزام غير نافذ [1] ، أو بعبارة أخرى غير مستحق الأداء . ويتفرع على وجوده أنه يقبل الخلافة العامة أو الخاصة من جانب الدائن به ، وأن من حق هذا الأخير أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما يقتضيه الحفاظ على هذا الحق . كما يتفرع على عدم نفاذه ، أنه لا يقبل التنفيذ الجبرى ، ومن ثم فإن الدائن به لا يمكنه أن يطالب المدين بتأديته قبل حلول الأجل [2] (ما لم يكن الأجل مضروبا لمصلحة الدائن وحده ، كما سنرى فيما بعد) . كذلك إذا أوفى به المدين عن غلط ، أى عن جهل بقيام الأجل جاز له بموجب المادة ١/١٨٣ مدنى أن يسترد ما أوفاه ، وإن كانت الفقرة الثانية من نفس النص قد أضافت أنه « يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل » [3] . ولما كانت المقاصة هو نوع من التنفيذ

---

(١) فى هذا المعنى ، نقض مصرى ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة السنة ١٩ (ع/١) رقم ٥٦ ، ص ٣٧٦ .

(٢) ويؤكد بعض الشراح الفرنسيين ، أن الدعوى التى يرفعها الدائن قبل حلول الأجل لا تكون مقبولة ، حتى ولو فرض أنه – أى الأجل – سيحل قبل صدور الحكم فيها ، لأن شروط قبول الدعوى يجب أن تقدر بالنظر إلى يوم رفعها . أنظر كاربونييه بند ٦١ ص ٢٠٠ .

(٣) وفى فرنسا : تقضى المادة ١١٨٦ مدنى بعدم جواز المطالبة بالدين المضاف لأجل « قبل أن يحل موعد استحقاقه » . ولكنها تضيف « ومع ذلك ، فإن ما يدفع معجلا (أى قبل حلول الأجل) لا يمكن المطالبة باسترداده » .

ويرى الفقه الفرنسى فى عمومية هذه الإضافة معنى أن الوفاء قبل حلول الأجل يكون نهائيا ، ومن ثم لا يجعل محلا لدعوى استرداد ، حتى ولو كان هذا الوفاء قد تم عن غلط ، أى عن جهل من المدين بقيام الأجل : أنظر فى هذا المعنى ، جوسران بند ٧٢٧ ، ستارك بند ١٨٤٧ ، كاربونييه بند ٦١ ص ٢٠٠ ، مارتى ورينو بند ٧٢٩ (وهما =

الجبرى ، كان من البديهى أن الدائن بالتزام مضاف إلى أجل واقف ، لا يستطيع أن يقاصى بينه وبين دين عليه لمدينه مستحق الأداء . خاصة وأن المقاصة تفترض وجود دينين مستحقى الأداء . اللهم إلا إذا كان مصدر الأجل الواقف هو حكم القاضى (فيما يسمى فى الإصطلاح بنظرة الميسرة ، كما سنرى فيما بعد) ، فإن هذا النوع من الأجل لا يحول دون المقاصة إذا فرض وأصبح المدين (الذى مُنِح هذا الأجل) دائنا لدائنه [1] ، لأن القاضى ما منح – بالفرض – هذا الأجل للمدين إلا لأنه لم يكن قادرا على الوفاء . فإذا ما أصبح قادرا – لما نشأ له من حق فى مواجهة الدائن فقد الأجل مبرره ، وتعين عليه الوفاء بالدين الذى كان مستحقا عليه من قبل . والمقاصة هى طريق لهذا الوفاء [2] .

كذلك يتفرع على عدم نفاذ هذا الالتزام أن المدة التى يتوقف فيها

= يؤكدان أن الموفى لا يستطيع أن يسترد ولا ما يقابل الوفاء المعجل من الفوائد) ، كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٤٠٢ (وإن كانوا يقولون أن العدل والمنطق كان يستوجب القول بإمكان الاسترداد)

ويشير جوجلار إلى أن الإضافة سالفة الإشارة ، استعارها واضعو المجموعة المدنية من القانون الرومانى (دروس مازو بند ٢٠-١٠) ، ورغم أنه يرى فى قسوة هذا الحل قسوة منطقية ، إلا أنه يشكك - مع ذلك - فى عدالة هذا الحل .

ويرى كولان وكابيتان ودى لامورانديير ، أن المدين ، فى هذه الحالة ، لا يعتبر متبرعا للدائن بما يعادل الفائدة التى عادت على هذا الأخير من الوفاء المعجل ، لأن نية التبرع – وقد أوفى بالفرض عن غلط – لا تكون متوافرة لديه ، بند ٤٠٢ .

(١) وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢/٣٦٢ مدنى مصرى ، والمادة ١٢٩٢ مدنى فرنسى .

(٢) وفى هذا المعنى يقول جونسران (بند ٧٢٦) : أن « المدين كان يزعم (أى عندما طلب الأجل من القاضى) أنه ليس لديه ما يفى به ، لكن ها هى الظروف أصبحت تمكنه من أن يفى بطريق المقاصة » .

نفاذه لا تدخل فى حساب مدة سقوطه بالتقادم . وأن الدائن وحقه غير مستحق الأداء بعد – لا يستطيع أن يرفع الدعوى البولصية ، ولا أن يتمسك بحقه فى الحبس .

٢٦٨- أجل فاسخ ، أو بتعبير أدق ، منهى : يرد على العقود المستمرة أو دورية التنفيذ [١] ، ويترتب عليه انقضاء الالتزام منذ حلول الأجل دون مساس بما سبق أن رتبه هذا الالتزام من آثار . وهو لذلك – كما يرى البعض – ليس وصفا للالتزام بالمعنى الدقيق ما دام أنه لا يعدّل من آثاره [٢] . إذ الطريق الطبيعى لانقضاء الالتزام الزمنى أن ينقضى بانتهاء مدته [٣] .

---

(١) فى هذا المعنى : د .إسماعيل غانم بند ١٢٧ الذى يؤكد أن هذا النوع من الأجل لا يتصور وجوده إلا فى الالتزامات المستمرة أو دورية التنفيذ . وأنظر أيضاً ستارك بند ١٨٤٠ .

(٢) فى هذا المعنى د . السنهورى ج ٣ البنود ٥٢ ، ٥٥ ، ٥٦ ؛ د . أنور سلطان بند ٢٢٨ ؛ د . إسماعيل غانم الإشارة السابقة .

ويرى بعض الشراح فيه سببا أو طريقا من طرق انقضاء الالتزام : أنظر فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠١٦ ، د . شمس الدين الوكيل ص ٢٢٠ ؛ د . أبو ستيت بند ٦٧٠ ، فيما يكتفى البعض الآخر بأن يرى فيه أقرب إلى طرق انقضاء الالتزام منه إلى أوصاف الالتزام : فى هذا المعنى مارتى ورينو بند ٧٢٧ ، د . البدراوى بند ١٩١ .

(٣) وراجع ، فى معنى إمكان أن تقترن العقود غير الزمنية بأجل فاسخ ، يعتبر فيها وصفا للالتزام بالمعنى الدقيق ، وفى أمثلة لهذه العقود د . السنهورى ج ٣ بند ٥٦ ، ومن بين هذه الأمثلة : أن تتعهد شركة بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات لمدة سنة ، على أن تتقاضى أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة ، حيث يكون الالتزام هنا مقترنا بأجل فاسخ ، ما دام أن الزمن عنصر جوهرى فى هذا العقد .

٢٦٩- والالتزام المقترن بأجل فاسخ هو التزام نافذ ولكنه موقوت . ويترتب على نفاذه أن الدائن به يمكنه اقتضاءه جبراً أو اختياراً . كما يمكنه أن يتصرف فيه . ويترتب على توقيته أو مصيره الحتمى إلى الزوال بحلول أجله . ومن تاريخ هذا الزوال تزول أيضا كل التصرفات التى يكون الدائن به قد باشرها عليه أثناء وجوده .

* * *

٢٧٠- هذا وإذا كان من غير المتصور أن يجتمع فى عقد واحد كل من وصفى الأجل الواقف والشرط الواقف ، حيث لا يمكن أن تكون الواقعة المستقبلة – فى آن واحد – مؤكدة الوقوع (فتكون أجلا) وغير مؤكدة الوقوع (فتكون شرطا) ، إلا أنه من الممكن تصور ، إمكان اجتماع الشرط الواقف مع الأجل الفاسخ ، وذلك إذا كان الالتزام معلقا فى نشأته على واقعة مستقبلة غير مؤكدة الوقوع ، تشكل هى نفسها مبدأ سريان أجل فاسخ بافتراض تحققها ، أو بتعبير أخر حين يكون العقد مضافا أيضا فى نفاذه إلى أجل فاسخ يبدأ حسابه من يوم تحقق هذه الواقعة . ومثال ذلك : الفرض الذى سبق أن أشرنا إليه ، والذى طرح على محكمة النقض المصرية حيث كان إيجار محل يتضمن بندا بأن مدته سنة واحدة تبدأ من تاريخ حصول المستأجر على ترخيص من جهة الإدارة بمباشرة المهنة أو الصناعة . فصدور الترخيص – كما سبق أن أيدنا – هو شرط يوقف التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . فإذا ما تحقق هذا الشرط بدأ نفاذ الالتزام ، بدأ فى نفس الوقت احتساب مدة السنة التى بنهايتها يحل الأجل المنهى لالتزام المؤجر [1] .

---

(١) كذلك قد يقع الخلط أحيانا بين الأجل الفاسخ والشرط الفاسخ ، خصوصا وأن الالتزام فى كل من الحالتين يكون موجودا ونافذا من وقت نشأة العقد . وقد رأت إحدى =

(ب) أنواع الأجل ، من حيث مصدره :

٢٧١- كما ينقسم الأجل من حيث مصدره إلى : أجل اتفاقى وأجل قانونى وأجل قضائى . والأول مصدره اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا . ويمكن أن يستخلص الأجل ضمنا من ظروف التعاقد ، كالتزام إدارة المعارض بتأجير جزء من الأرض المخصصة لهذا الغرض لإحدى الشركات فيكون هذا الالتزام مضافا – ضمنيا – إلى أجل واقف هو التاريخ الذى ابتداء منه يمكن للشركة أن ترتب معروضاتها استعدادا ليوم الافتتاح ، والى أجل فاسخ هو نهاية مدة المعرض [1][2] . والثانى هو الذى يجد مصدره فى نص القانون ، كحق المنتفع – على سبيل المثال – فهو مضاف قانونا إلى أجل فاسخ هو وفاة المنتفع . والثالث يكون مصدره القضاء ويسمى الأجل فى هذه الحالة بنظرة الميسرة délai de grace ، حيث أجاز المشرع للقاضى – فى حالات استثنائية – إذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين إلى أجل

= محاكم الاستئناف فى مصر ، شرطا فاسخاً ، فى العقد الذى اقترن به التزام المدين بالدين ، والذى كان مقتضاه أن هذا الالتزام يعتبر لاغيا ولا وجود له فى حالة وفاة الدائن . فيما رأت فيه محكمة النقض – بحق – أجلا فاسخا يقتصر أثره على مجرد وضع حد زمنى ينتهى به التزام المدين . أنظر نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص ١١١٢ .

(١) ويسوق كاربونييه (بند ٦١ ص ٢٠٠) مثالا للأجل الضمنى : إيجار عمارة تحت التشييد ، حيث يكون هذا الإيجار مضافا لأجل واقف هو اليوم الذى تصبح فيه الشقق صالحة للسكنى .

(٢) وإذا كان الأجل الضمنى – واقفا كان أو فاسخا – مما يمكن تصوره بسهولة ، فإن الشرط الضمنى ، قلما يكون ، على العكس ، متصورا . أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى ، حول هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٨١/٣/١٩ (د . ١٩٨١ – أ .ر – ٤٤٣ وتعليق لاروميه) .

معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم [1]. (م٣٤٦/٢ مدنى) .

الوفاء عند المقدرة أو الميسرة :

٢٧٢- قد يتفق المتعاقدان على أن يكون الوفاء بالالتزام فى الوقت الذى يتمكن فيه المدين من ذلك ، وعندئذ قد لا يعرف ما إذا كان مثل هذا الاتفاق يعتبر تعليقا على شرط ، هو مقدرة المدين أو ميسرته أم أنه اضافة لأجل هو المقدرة أو الميسرة . وتتضح على الفور أهمية الاختيار بين هذا التكييف أو ذلك ، لأنه إذا كان المقصود بهذا الاتفاق تعليق التزام المدين على شرط ميسرته فان هذا الشرط يجعل الالتزام قبل تحققه مجرد احتمالى ، وقد لا تتحقق واقعة اليسار على الإطلاق فيموت المدين معسرا فلا يكون من حق الدائن – وقد تخلف الشرط – أن يشترك مع الدائنين الآخرين فى اقتسام تركة المدين قسمة الغرماء . أما إذا قصد بهذا الاتفاق أن تكون الميسرة مجرد أجل يضاف إليه التزام المدين ، كان حق الدائن موجودا ومؤكدا ولكنه

---

(١) ويقترب من حكم هذه المادة ، فى القانون الفرنسى ، نص الفقرة الثانية التى أضافها المشرع بقانون ٢٠ أغسطس ١٩٣٦ إلى المادة ١٢٤٤ من المجموعة المدنية ، وإن كانت تستلزم ألا تزيد هذه المهلة القضائية على مدة سنة .

وكانت هذه المادة قبل تعديلها بقانونى ٢٥ مارس ، ٢٠ أغسطس ١٩٣٦ ، تستلزم أن يكون تدخل القاضى ، بمنح هذا الأجل ، فى أضيق الحدود ، أو وفقا لعبارة هذا النص ، مع التحفظ الشديد « avec une grande reserve » ، لما فى هذا التدخل من مساس بمبدأ حرية الاتفاقات . ثم حذف بعد ذلك هذا التحفظ . أنظر فى التعليق على هذا الحذف ، وعلى التعديل الذى أدخله المشرع على هذه المادة بوجه عام :

RIPERT : Le droit de ne pas payer ses dettes . D . H . 1936 – chr – p . 57 et s.

وأنظر فى تفاصيل شروط منح نظرة الميسرة فى القانون الفرنسى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤٠٨ .

غير نافذ حتى الوقت الذى تتحقق فيه هذه الميسرة ، وهو ينفذ على كل حال عند وفاة المدين . فيكون للدائن أن يستوفى حقه من تركته بالاشتراك مع سائر الدائنين .

٢٧٣- وبدهى أن الفيصل فى الاختيار بين هذا الحل أو ذاك هو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين . ورغم ندرة هذه الصورة فى العمل إلا أن المشرع قد تبصرها ، ووضع لحلها قرينة يعتبر بمقتضاها مثل هذا الاتفاق إضافة إلى أجل [1] وليس تعليقا على شرط . وهى قرينة تقبل إثبات العكس . وخوّل القاضى – عند عدم الاتفاق بين الدائن والمدين على تحديد أجل الوفاء بالالتزام الذى أجلاه إلى ميسرة ، أن يحدد الميعاد المناسب لهذا الوفاء « مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » (م ٢٧٢ مدنى) [2] .

---

(١) وقد قضت – بوجه عام – محكمة النقض المصرية ، بأنه ، إذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين ، فإن ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين ، وللدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته ، أو أن يطلب من القاضى أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل . انظر نقض ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة السنة ١٩ (ع١) رقم ٥٦ ص ٣٧٦

(٢) ويقابل هذه المادة في القانون الفرنسى ، المادة ١٩٠١ مدنى ، التى وردت فى خصوص القرض . وانظر من تطبيقات القضاء لهذا النص : نقض ١٩٧٣/١١/٦ (د . ١٩٧٤ – ٩١ والتعليق) . وقد انتهت المحكمة فى هذا الحكم إلى أنه إذا ما كان المدين قد أصبح قادرا على الوفاء بجزء من التزاماته ، فإن الأجل يكون قد حل بنسبة هذا الجزء . وأنظر أيضا : استئناف باريس ١٩١٢/١١/١٩ (د . ١٩١٣ – ٢ – ١٢٦) .

كذلك جاء فى حكم لمحكمة النقض الفرنسية أنه إذا ما كان المدين قد تعهد بأن يسدد كامل مديونيته للدائن عندما يبيع بعض عقاراته ، فإن لمحكمة الموضوع أن ترى – بموجب ما لها من سلطة التقدير فى هذا الشأن – أن النية المشتركة للمتعاقدين قد اتجهت فى هذه الحالة إلى تحديد أجل لهذا السداد ، وبالتالى فإنه لا تثريب عليها إن هى =

انتهاء الأجل :

٢٧٤- ينتهى الأجل عادة بحلوله ، وقد ينتهى قبل ذلك بسقوطه أو بالتنازل عنه .

أولا : انتهاء الأجل بحلوله :

٢٧٥- ينتهى الأجل إذا حل التاريخ المحدد الذى أضيف إليه الالتزام ، أو تحققت الواقعة المستقبلة التى جعلها الطرفان أجلا له .

ثانيا : انتهاء الأجل بسقوطه :

٢٧٦- كما ينقضى الأجل الواقف - قبل ميعاده - بحرمان المدين منه ، أو بتعبير آخر بسقوط هذا الأجل . وقد أوردت المادة ٢٧٣ مدنى أسباب سقوط الأجل [(١)] ، ويمكن تلخيصها فيما يأتى :

١- يسقط الأجل بشهر إفلاس المدين إذا كان تاجرا ، أو بشهر إعساره إذا لم يكن كذلك . وقد سبق أن ذكرنا فى دراستنا لشهر الإعسار أنه يلزم أن يصدر حكم به من القضاء . وأن المقصود بالإعسار هنا هو الإعسار

= قضت - بعد ما ثبت لديها أن الآمال التى كان المدين يعلقها على هذا البيع كانت وهمية ، وأنه لم يكن على الدائن أن يصبر على تحقق هذا الحدث إلا لمدة معقولة - بالاستجابة لطلب الدائن الذى انتظر طيلة عشر سنوات . نقض ١٩٧٦/١/٢٨ (د . ١٩٧٦ - س - ٣٤ والتعليق) .

(١) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى ، المادة ١١٨٨ مدنى ، وهى تتضمن سببين فقط لسقوط الأجل هما : إفلاس المدين ، وإضعافه (أى بفعله) للتأمينات التى قدمها للدائن بموجب العقد . ويبرر بعض الشراح سقوط الأجل فى هاتين الحالتين ، بأن المدين فيهما يصبح غير جدير بالثقة التى على أساس منها كان الدائن قد منحه هذا الأجل . فى هذا المعنى : بوتييه أشار إليه جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٦ ، وأنظر أيضا : ستارك بند ١٨٥٢ .

القانوني ، فلا يكفي أن يكون المدين في حالة إعسار فعلي . كما سبق أن عرفنا مبررات الحكم بشهر الإعسار وما يترتب عليه من إسقاط آجال الديون المؤجلة بغية كفالة قدر من المساواة بين الدائنين [1] .

٢- كما يسقط الأجل بإضعاف التأمينات الخاصة التي تضمن الوفاء بالدين للدائن ، كالرهن مثلا ، ولو كان هذا الرهن قد أنشئ بمقتضى عقد لاحق على عقد القرض ، بحيث يصبح هذا التأمين أقل من قيمة الدين الذي يضمن الوفاء [2] . ولكن التمثيل بالرهن لا يعني - كما هو الحال في القانون الفرنسي [3] - أن التأمين الذي يؤدي إضعافه إلى سقوط الأجل يجب أن يكون ناشئا عن عقد [4] ، بل يمتد إلى كل تأمين خاص ولو كان ناشئا عن

---

(١) ورغم أن المادة ١١٨٨ مدني فرنسي لا تتكلم ، كما أشرنا إلا عن الإفلاس ، إلا أن القضاء الفرنسي مستقر على أن إعسار المدين يمكن أن يؤدي إلى سقوط الأجل أيضا ، شريطة أن يطلب الدائن هذا السقوط من قاضي الموضوع . أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٧٥/١٢/١٦ (د . ١٩٧٦ - أ .ر ٨٠) ، استئناف باريس ١٩٤٠/٢/٢٣ (ج .ب ١٩٤٠ - ١ - ٣٥١) ، ومن الأحكام القديمة : نقض ١٨٩٢/٣/٣٠ (د . ١٨٩٢ - ١ - ٢٨١ وتعليق بلانيول ، س ١٨٩٢ - ١ - ٤٨١ وتعليق لابيه) . وانظر في معنى عدم تفضيل هذا الحل الذي يجري عليه القضاء : كولان وكابيتان ودي لاموراندبير بند ٤٠٣ .

(٢) ويرى بعض الشراح الفرنسيين ، من قبيل إضعاف التأمين : أن يؤجر المدين عقاره (المرهون ضمانا لحق الدائن) لمدة طويلة ، بحسبان هذا الإيجار يقلل من قيمة العقار . أنظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٦ .

(٣) م ١١٨٨ مدني فرنسي .

(٤) راجع في تفاصيل شروط سقوط الأجل بموجب هذا السبب في القانون الفرنسي : مارتي ورينو بند ٧٣٣ ، جوسران بند ٧٣٤ . كولان وكابيتان ودي لاوراندبير بند ٤٠٣ . =

غير عقد ، كحق الامتياز مثلا وهو ينشأ بنص القانون [1] .

٢٧٧– هذا وقد فرق المشرع فى أثر إضعاف التأمينات على سقوط الأجل ، بين ما إذا كان هذا الإضعاف قد تم بفعل المدين عمدا أو إهمالا ، وبين ما إذا كان بسبب أجنبى لا يد له فيه [2] . وجعل للدائن – فى الحالة الأولى – خيارا بين التمسك بسقوط الأجل والمطالبة بحقه الذى أصبح مستحق الأداء ، وبين أن يستبقى الأجل على أن يقوم المدين بتكملة التأمين إلى الحالة التى كان عليها قبل إضعافه ، حين يتعين على المدين أن يقوم بهذه التكملة . وأما فى الحالة الثانية ، فإن الخيار يكون للمدين بين أن يستند

= ويبدو أن الفقه الفرنسى يمد – مع ذلك – حكم المادة ١١٨٨ إلى التأمينات التى يقررها القانون بالاستناد إلى إرادة المتعاقدين الضمنية كامتياز البائع مثلا :

انظر فى هذا الاتجاه : مارتى ورينو بند ٧٢٣ ، أما القضاء الفرنسى فإنه منقسم فى شأن هذا التوسع . أنظر من بين الأحكام التى تؤيده : نقض (عرائض) ١٨٦١/١/٢١ (د . ١٨٦١ – ١– ١٧٠) ، استئناف شامبرى ١٩٠٢/٥/١٣ (د. ١٩٠٣ – ٢ – ٢٣٦) ، ومن بين الأحكام التى لا تؤيده أنظر : نقض ١٨٧٠/٥/١٤ (د. ١٨٧٠ – ١ – ١١) ، استئناف روان ١٩٠٣/٦/٢٤ (ج .ب ١٩٠٣ – ٢– ٢٨٠) .

(١) ويرى د . السنهورى (ج ٣ بند ٧٣) أنه من غير المتصور أن يمتد سقوط الأجل إلى أضعاف التأمينات المتمثلة فى حقوق الاختصاص ، لأن هذه الحقوق لا تؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ ، وهو ما يفترض حتما أن الدين مستحق الأداء . وقارن د . إسماعيل غانم الذى يرى – على العكس – أنه من المتصور أن يكون الدين مستحق الأداء ويحصل الدائن على حق اختصاص ثم يتفق مع المدين على تأجيل الدين بعد أن اطمأن إلى ضمانه (بند ١٣٥ ، وهامش ٢ من ص ٢٨١) .

(٢) أما إذا كان إضعاف التأمين بفعل الدائن نفسه ، فإن حق المدين فى الأجل – بداهة – لا يسقط . انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٩/٢/١١ المجموعة السنة ٢٠ (ع/١) رقم ٤٨ ص ٣٠٣ ، ونقض فرنسى (عرائض) ١٨٧٨/٧/٢٤ (د . ١٨٧٨ – ١– ٣٣٦) .

إلى سقوط الأجل ويفي حق الدائن أو يختار الإبقاء على الأجل على أن يقدم للدائن ضمانا كافياً للوفاء بحقه . ولا يلزم أن يعيد هذا الضمان إلى الحالة التي كان عليها قبل أن أضعف ما دام يجعل هذا الضمان كافيا للوفاء بحق الدائن (١) . وهكذا تقضي الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدني بأن حق المدين في الأجل يسقط « إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا » .

٣- ويسقط الأجل – أخيرا – بنكول المدين عن تقديم ما وعد بتقديمه للدائن من تأمينات ، ما دام أن هذا الأخير ما قبل أن يمنح الأجل إلا مقابل هذا الوعد (٢) .

ثالثا : انتهاء الأجل بالتنازل عنه :

٢٧٨- كذلك ينتهي الأجل بالتنازل عنه من جانب من ضرب

---

(١) ولم تتضمن المجموعة المدنية الفرنسية هذه التفرقة ، إنما يواجه المشرع الفرنسي فقط سقوط الأجل بإضعاف التأمينات الخاصة متى كان ذلك بفعل المدين . وتبعا لذلك يرى الفقه الفرنسي أنه إذا ما كان ضعف التأمين يرجع إلى قوة قاهرة ، فإن الأجل لا يسقط . أنظر ستارك بند ١٨٥٥ ؛ مارتي ورينو بند ٧٣٣ .

(٢) ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لم تتضمن هذا السبب من أسباب السقوط، إلا أن القضاء ثابت على التسوية بين هذا النكول وإضعاف التأمينات بفعل المدين . أنظر مثلا : نقض (عرائض) ١٩٠٠/٥/٢ (س ١٩٠١ – ١- ١٤) ، واستئناف مونبلييه ١٩٣١/٤/٢٣ (ج . ب ١٩٣١ – ١ – ٨٧٩) .

لصالحه . فإذا كان هذا الأجل قد ضرب لصالح المدين [1] وحده (كما فى حالة القرض بدون فائدة) كان له أن يتنازل عنه ويفى بالدين فوراً . وإن كان قد ضرب لصالح الدائن وحده (كما فى حالة الوديعة بدون أجر) كان له كذلك أن يتنازل عنه [2] . أما إذا كان مقررا لصالح الطرفين معاً (كما فى حالة القرض بفائدة) فلا يستطيع أى منهما أن يستقل بالتنازل عنه بإرادته المنفردة ؛ لأن لكل من الطرفين مصلحة فى التمسك بالأجل . ولذلك ففى هذا المثال لا يستطيع المدين أن يستأثر وحده بالتنازل عن الأجل ليقوم بدفع الدين فورا ، لأن للدائن مصلحة فى بقاء الأجل لتقاضى الفوائد . كما لا يستطيع الدائن بمفرده أن يجبر المدين على السداد فورا قبل حلول الأجل لأن لهذا الأخير مصلحة فى إرجاء تنفيذ التزامه . فإذا قام الشك حول من تقرر الأجل لمصلحته ، افترض أنه تقرر لمصلحة المدين .

أثر حلول الأجل :

٢٧٩- إذا كان الأجل واقفا ثم حل ، أصبح الالتزام نافذا أو بتعبير آخر مستحق الأداء منذ حلول هذا الأجل . ويترتب على هذا النفاذ أن يعامل هذا الحق معاملة الحقوق المستحقة الأداء . أما إذا كان الأجل فاسخا ، ترتب

---

(١) والمادة ١١٨٧ مدنى فرنسى تفترض أن الأجل يكون مشروطا لمصلحة المدين ، إلى أن يثبت العكس ، فهى تقضى بأنه «يفترض دائما أن الأجل مشروط لمصلحة المدين ، ما لم يستخلص من شرط فى العقد ، أو من الظروف ، أنه مشروط أيضا لمصلحة الدائن » . وأنظر فى شرح هذه المادة : ستارك بند ١٨٥٠ ، جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٥ .

(٢) أما المدين ، فى هذا الفرض ، فإنه لا يمكنه أن يفى بالدين قبل حلول الأجل . أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى فى هذا المعنى : نقض (عرائض) ١٨٩٦/٤/٢١ (د . ١٨٩٦ - ١ - ٤٨٤ وتقرير فوازان) .

على حلوله انقضاء الالتزام .

٢٨٠- هذا ويجدر التنويه إلى أنه - على العكس من الشرط - لا يكون لحلول الأجل واقفا كان أم فاسخا ، أثر رجعى . ولذلك فقد تجنب الشراح الفرنسيون - وهم منطقيون فى ذلك - أن يصفوا الأجل الذى ينتهى به التزام المدين بالأجل الفاسخ ، لأن لفظة الفسخ قد تشعر بمعنى أن لهذا النوع من الأجل أثرا رجعيا فى تحققه . وفضلوا أن يطلقوا عليه تعبير : الأجل المنهى(١) Le terme extinctif .

---

(١) أنظر مثلا : مارتى ورينو بند ٧٢٧ ، كولان وكابيتان وى لاموراندبير بند ٤٠٥ ، ستارك بند ١٨٤٠ ، جوجلار (دورس مازو) بند ١٠١٦ .

الفصل الثانى

الأوصاف التى ترد على محل الرابطة القانونية (تعدد المحل)

(الالتزام التخييرى والالتزام البدلى)[1]

أولا : الالتزام التخييرى[2] : L'obilgation alternative

٢٨١- الالتزام التخييرى هو الالتزام الذى يشمل محله أشياء متعددة ، تبرأ ذمة المدين إذا أوفى بواحد منها (م٢٧٥ مدنى) .

ويفترض التعدد ، أن تتوافر الشروط القانونية فى عدة أشياء أو فى شيئين منها على الأقل ، حتى يكون هناك خيار فى تعيين الشىء الذى يتم الوفاء به . فإذا لم تتوافر الشروط ، بالفرض إلا فى شىء واحد ، كان الالتزام فى هذه الحالة بسيطا لا موصوفا .

٢٨٢- والأصل فى هذا النوع من الالتزام أن يكون الخيار للمدين[3]

---

(١) لم تنظم المجموعة المدنية الفرنسية إلا الالتزام التخييرى فقط فى المواد من ١١٨٩ - ١١٩٦ ، لكن العمل فى فرنسا يعرف طائفة الالتزامات البدلية أيضا ، كما تطرح المنازعات بشأن مثل هذا النوع من الالتزامات على القضاء الفرنسى ، أشار لذلك ستارك بند ١٨٥٨ .

(٢) أنظر فى هذا الشأن

GBLER (M .J) : Les obligations alternatives . R .T 1969 P .1 à 28 ; CHEVALLIER (J) : L'obligation alternative R .T 1967 P . 384 – 385 No 3 .

وراجع فى التفرقة بين الالتزام التخييرى وكل من : الشرط الجزائى ، والالتزام المعلق على شرط واقف ، والالتزام بشىء غير معين بالذات د . السنهورى ج ٣ البنود ٨٨، ٨٩ ، ٩٠ على الترتيب .

(٣) أنظر فى هذا المعنى :

DEMOGUE (Ré) : A qui appartient le choix dans les dettes alternatives . R . T 1929 P . 1092 No 16 .

(م ٢٧٥) [١] . لكن إذا كان لهذا الأخير أن يختار من بين الأشياء المتعددة ما يفي به ، إلا أنه لا يملك – بداهة – إجبار الدائن على قبول جزء من أحد الشيئين وجزء من الشيء الآخر ، وعلى ذلك صراحة نص المادة ١١٩١ مدني فرنسي .

٢٨٣– وخلافا للأصل سابق الإشارة ، قد يكون الخيار في بعض الأحيان للدائن بموجب نص القانون . كما هو الحال مثلا في خصوص إضعاف التأمينات التي تضمن حق الدائن بفعل هذا المدين ، حين يكون للدائن – كما بينا في موضع سابق – الخيار . عندئذ بين اقتضاء حقه من المدين فورا بسقوط أجل الدين ، أو الإبقاء على الأجل مع مطالبة المدين بإعادة التأمينات إلى الحالة التي كانت عليها . وقد يصير الاتفاق بين الطرفين على أن يكون الخيار للدائن (م ٢٧٥ مدني) ، فيتعين – بداهة – إعمال هذا الاتفاق [٢] .

٢٨٤– فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا في هذا الشأن ، جاز للدائن – عندئذ – أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك ، تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام (م ٢٧٦ مدني) [٣] . أما إذا كان الخيار

---

(١) ويقابلها في فرنسا نص المادة ١١٩٠ مدني .

(٢) وعلى العكس من نص المادة ١١٩٠ مدني فرنسي ، الذي يشترط أن يكون مثل هذا الاتفاق صريحاً ، ورد نص المادة ٢٧٥ مدني مصري مطلقا في هذا الشأن . وعموما ، أجازت محكمة النقض الفرنسية استخلاص مثل هذا الاتفاق ضمنا . انظر مثلا : نقض (عرائض) ١٩٢٩/٧/١٧ (د . ١٩٢٩ – ١ – ١٤٣ وتقرير بريكو) .

(٣) وهذا الحكم لا نظير له في القانون الفرنسي . ولذلك يرى بعض الشراح أنه إذا رفض المدين الاختيار ، فإن للقضاء أن يجبره على ذلك وله – في سبيل حمله على =

للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فى هذا الشأن ، انتقل الخيار إلى المدين (م ٢/٢٧٦) .

٢٨٥- وبديهى أنه إذا ما وقع الاختيار على أحد الأشياء المتعددة فإن هذا الاختيار يكون نهائيا ، ولا يمكن من ثم العدول عنه بعد ذلك [1] .

٢٨٦- ولاستعمال الحق فى الاختيار أثره الرجعى ، فى معنى أن الالتزام يعتبر بعد هذا الاختيار كما لو كان قد نشأ منذ البداية بسيطا ، أو بعبارة أخرى ، يعتبر كما لو كان ينحصر ، منذ نشأته فى هذا الشيء الذى وقع عليه الاختيار ، ويتفرع على ذلك أنه إذا كان التزام المدين هو بنقل ملكية أحد الأشياء من بين عدة منقولات معينة بالذات مملوكة ، ثم وقع الاختيار على واحد منها ، فإن الدائن يصبح مالكا لهذا الشيء ، ليس من وقت الاختيار وإنما من وقت نشأة العقد ، ومن ثم فلو فرض مثلا أن كان المدين قد تصرف فى أحد هذه الأشياء ، بالبيع مثلا ، حين كان الخيار بالفرض ، للدائن ، وتصادف أن اختار هذا الأخير الشيء بالذات الذى تصرف فيه المدين، فإن بإمكانه – وهو يعتبر بالفرض مالكا لهذا الشيء من قبل أن يتصرف المدين فيه – أن يطالب المشترى باسترداد هذا الشيء . وإن كان هذا الأخير يمكنه أن يدفع هذا المطالبة ، لا بأنه قد تملك هذا الشيء بموجب عقد البيع ، فالفرض أن البيع هنا يعتبر فى حكم البيع الصادر من

= هذا الاختيار – أن يحكم عليه ، عند الاقتضاء ، بغرامة تهديدية . فإذا بقى المدين على رفضه ، فلا يكون للقاضى إلا أن يحكم ضده بفسخ العقد مع التعويض . أنظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٤٨ . وأنظر من تطبيقات القضاء فى هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٦٤/٦/٢٩ (ج .ك .ب ١٩٦٥ – ٢ – ١٤١٣٥ وتعليق بوكارا) .

(١) فى هذا المعنى شيفالييه ، مقال المجلة الفصلية سابق الإشارة ص ٣٨٤ ، وأنظر أيضا جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٤٨ .

غير مالك ، وإنما بموجب قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية [1] . متى كان هذا المشترى حسن النية وقت الشراء ، لا يعلم بالعلاقة السابقة بين الدائن والمدين وما تتضمنه هذه العلاقة من حق للدائن في الاختيار [2] .

٢٨٧- ويبقى بعد ذلك التساؤل عن حكم أو أثر هلاك أو استحالة أحد الأشياء ، أو جميعها ، قبل استعمال الحق فى الاختيار . وفى هذا الشأن :

(أ) قد يكون الهلاك بسبب أجنبى :

– فإذا هلكت كل الأشياء ، انقضى التزام المدين ، ما لم يكن هلاكها تاليا لإعذار الدائن له بوجوب التنفيذ [3] ، حيث كان المدين قد تراخى فى الاختيار ومن ثم فى تنفيذ التزامه مما حمل الدائن على إعذاره .

– أما إذا بقى واحد من الأشياء دون هلاك ، تحدد فيه المحل ، ووجب على المدين أن يفى به [4] .

(ب) وقد يكون الهلاك بخطأ المدين :

– فإذا كان الخيار له هو ، وهلكت كل الأشياء إلا واحداً منها ، تحدد فيه المحل . أما إذا هلكت كلها وكان مسئولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد منها فقط ، تعين عليه أن يدفع للدائن قيمة آخر شيء هلك ، وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٧٧ مدنى .

---

(١) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤١٠ .

(٢) وراجع فى نتيجة أخرى يمكن أن تترتب على رجعية أثر الاختيار هذه : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ، الإشارة السابقة .

(٣) م ١١٩٥ مدنى فرنسى : وأنظر أيضا كولان وكابيتان ودى لاموراندبير الإشارة السابقة .

(٤) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى ، فى هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٥٩/٢/١٠ (د . ١٩٥٩ – ٢٥٦) ، وأنظر أيضا جوسران بند ٧٤٥ .

- أما إذا كان الخيار للدائن ، فإن له أن يطالب بالشيء الباقي أو بقيمة الشيء الذي هلك ، أو بقيمة أحد الأشياء الهالكة إن كانت قد هلكت كلها . وذلك حسب اختياره .

(ج) وقد يكون الهلاك بخطأ الدائن :

فإذا هلك أحد الشيئين وبقي الآخر ، وكان الخيار بالفرض للمدين ، كان من حق هذا الأخير أن يعتبر أن الشيء الذي هلك هو الشيء الواجب الأداء ، فتبرأ ذمته في مواجهة الدائن . وقد يختار تأدية الشيء الذي تبقى ، حين يكون له في هذه الحالة أن يرجع على الدائن بقيمة الشيء الذي هلك بخطئه . أما إذا كان الخيار بالفرض للدائن ، فإن لهذا الأخير أن يختار ما هلك بخطئه ، لتبرأ عندئذ ذمة المدين ويغطي في نفس الوقت خطأه هو . أما إذا فضل اختيار الشيء الباقي فله ذلك ، على أن يعوض المدين عن الشيء الذي هلك بخطئه .

- أما إذا هلكت الأشياء جميعا ، برئت ذمة المدين ، وكان له أن يطالب الدائن بقيمة جميع الأشياء الهالكة فيما عدا الشيء الذي كان سيختاره للوفاء بالالتزام ، حين يكون الخيار للمدين . أما إذا كان الخيار للدائن ، فإن ذمة المدين ستبرأ أيضا ، ويكون على الدائن أن يعوض المدين عن جميع الأشياء الهالكة الأخرى غير الشيء الذي كان سيختاره هو [1] .

---

(١) وتجدر الإشارة في هذا الشأن ، إلى أن المشرع لم ينظم من هذه الحلول ، إلا فرض ما لو كان الخيار للمدين وهلكت الأشياء جميعا بخطئه ، ومن ثم فإن باقي الحلول ، على النحو الذي بيناه ، إنما يمكن استخلاصها من القواعد العامة . أما المشرع الفرنسي فقد عالج أحكام الهلاك بنصوص أوفى من نصوص القانون المصري ، أنظر المواد ١١٩٣ ، ١١٩٤ ، ١١٩٥ مدني .

ثانياً : الالتزام البدلى : L'obligation Facultative [١]:

٢٨٨- هو الالتزام الذى لا يشمل محله إلا شيئا واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر . م ١/٢٧٨ مدنى . على أن يلاحظ أن مكنة الوفاء بالبديل قد صار الاتفاق عليها مقدما عند التعاقد .

٢٨٩- ولما كان محل الالتزام يتحدد فى شىء واحد ، فإن هذا الشىء ، وليس البديل ، هو الذى يحدد طبيعة الالتزام (عقاريا أو منقولا) . كما أنه هو الشىء الذى يحق للدائن أن يطالب به وحده . اللهم إلا إذا اختار المدين أن يفى بالبديل . كما أن وحدة المحل تؤثر كذلك على أحكام البطلان والهلاك . فإذا كان المحل الأصلى مستحيلا أو غير مشروع ، كان الالتزام باطلا ولو كان البديل ممكنا ومشروعا . وإذا هلك المحل الأصلى بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه انقضى الالتزام [٢] ، ولا يحق للدائن أن يطالب بالبديل . بل حتى ولو كان هذا الهلاك بخطأ المدين . لا يكون للدائن سوى المطالبة بالتعويض عن هذا الهلاك إلا إذا اختار المدين أن يفى بالبديل توقيا لهذه المطالبة .

---

(١) راجع فى التفرقة بين هذا الالتزام ، والالتزام التخييرى ، والنتائج التى تترتب على هذه التفرقة : مارتى ورينو بند ٧٦٥ .

وراجع فى تفرقة أوفى بين هذا الالتزام وكل من الالتزام التخييرى والشرط الجزائى ، والعربون . د .السنهورى ج ٣ البنود ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ على الترتيب .

(٢) انظر فى هذا المعنى أيضا : ستارك بند ١٨٦٥ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٤٩ ؛ مارتى ورينو بند ٧٦٥ .

الفصل الثالث

الأوصاف التى تتعلق بأطراف الرابطة القانونية

(تعدد طرفى الالتزام ، التضامن ، وعدم القابلية للانقسام)

المبحث الأول

التضامن [1]

La Solidarité

تمهيد :

٢٩٠- الأصل أن تكون الرابطة القانونية بين دائن واحد ومدين واحد . ولكن قد يتعدد أطراف هذه الرابطة ، سواء فى جانبها الإيجابى أو فى جانبها السلبى . ويظل الأصل – حتى فى هذه الحالة – أن ينقسم الدين ، فلا يلزم كل مدين إلا بقدر حصته ، ولا يحق لكل دائن أن يستوفى إلا قدر حقه .

ولكن قد يتضامن أطراف الرابطة القانونية فى جانبها الإيجابى فيكون من حق أى دائن أن يستوفى الدين كله نيابة عن بقية الدائنين ، أو فى جانبها السلبى فيكون من حق الدائن أن يطالب أى مدين بالدين كله فإذا أوفاه المدين برئت ذمته وذمم باقى المدينين .

فالتضامن – بهذا الشكل – هو وصف فى الالتزام يجعل من حق أى من الدائنين المتعددين أن يقتضى الدين كله نيابة عن باقيهم (فى التضامن الايجابى) ، أو يجعل من حق الدائن أن يرجع على أى من المدينين

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع :

HAILLECOURT (M) : Des obligations solidaires en droit Allemand et en droit Français . Thèse Bordeaux 1911 .

المتعددين بكل الدين (فى التضامن السلبى) [١] .

٢٩١- ولأن التضامن على هذا النحو قد ورد على خلاف الأصل ، فإنه لا يفترض . (م ٢٧٩ مدنى) [٢] بمعنى أنه لا يثبت إلا بمقتضى الاتفاق ، صريحا كان أو ضمنيا [٣] بشرط أن يكون هذا الأخير قاطع الدلالة فى معناه ، أو بنص القانون (فى حالة التضامن السلبى) [٤] . ونخصص

(١) وليس ما يمنع - بداهة - أن يجتمع فى التزام واحد ، تضامن الدائنين وتضامن المدينين ، حين يتعدد أطراف الرابطة القانونية فى كل من جانبيها الايجابى والسلبى . وفى هذا المعنى : د . السنهورى جـ ٣ بند ١٢٣ .

(٢) ويقابلها فى فرنسا نص المادة ١٢٠٢ مدنى الذى يجرى على نفس النسق تقريبا . أما فى القانون الألمانى : فإن التضامن يفترض ، حتى فى المسائل المدنية . ما لم يوجد اتفاق مخالف . أنظر رسالة هاليكور سابقة الإشارة . كما أشار إلى ذلك أيضا : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٧ ، جوسران بند ٧٨١ .

(٣) وفى فرنسا ، تشترط المادة ١٢٠٢ سابقة الإشارة أن يكون الاتفاق على التضامن صريحا expressement وطبقا لهذا النص ، عابت محكمة النقض الفرنسية فى بعض أحكامها ، على قضاة الموضوع ، استخلاصهم وجود هذا التضامن استنادا إلى إرادة المتعاقدين الضمنية ، انظر مثلا : نقض ١٩٢٤/١/٢١ (س ١٩٢٤ - ١- ١٦٩ وتعليق فياليتون) ، نقض ١٩٤٨/١١/٢٢ (س ١٩٤٩ - ١- ١٩) ، نقض ١٩٥٥/١٠/١٩ (د . ١٩٥٦ - ٤) ، نقض تجارى ١٩٥٧/٥/٢٢ (د . ١٩٥٧ - ملخص - ص ١٠١) . لكن الفقه الفرنسى يجمع على عدم لزوم ذكر التضامن بلفظه فى العقد ، ويفسر المقصود بصراحة الاتفاق عليه ، وجوب أن تكون إرادة المتعاقدين واضحة فى معناه ، وأن الشك - من ثم - يجب أن يفسر فى معنى انتفائه . أنظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٧ ، ستارك بند ١٨٧٨ ، مارتى ورينو بند ٧٨٢ ، جوسران بند ٧٨١ ، وأنظر أيضا ، نقض (عرائض) ١٩١٣/٦/١٧ (د . ١٩١٤ - ١ - ٢٨٠) .

(٤) على أن هذه القاعدة مقصورة على المسائل المدنية ، أما المسائل التجارية ، فإن افتراض التضامن بين المدنيين فيها ، هو القاعدة ، التى تستند إلى عرف راسخ فى هذا المجال منذ زمن طويل . أنظر فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) =

لكل من نوعى التضامن مطلبا مستقلا .

المطلب الأول

التضامن الإيجابى (التضامن بين الدائنين)

La Solidarité Active

المقصود به :

٢٩٢- يقصد بالتضامن الإيجابى حالة ما إذا تعدد الطرف الدائن فى الرابطة القانونية بحيث يكون من حق أى من الدائنين أن يستوفى الدين كله من المدين بالنيابة عن بقية الدائنين ، ليكون الوفاء به له مبرئا لذمة المدين فى مواجهة هذا الدائن وبقية الدائنين .

٢٩٣- ويهدف هذا النوع من التضامن إلى تسهيل استيفاء الدائنين لحقهم عن طريق نيابة أحدهم عنهم فى هذا الاستيفاء . وهو لذلك نادر فى الحياة العملية ، لأن الهدف منه يمكن تحقيقه بنظام الوكالة التى لا تنطوى على الخطورة المحتملة التى يمكن أن تلحق بالدائنين المتضامنين إذا أعسر الدائن بعد أن أستوفى الدين بالنيابة عن

= بند ١٠٥٧ ، ستارك بند ١٨٨٠ ، مارتى ورينو بند ٧٨٢ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤١٩ ، جوسران بند ٧٨١ ، وأنظر بوجه عام .

DERRIDA : De la solidatrié commerciale . R .T comm . 1953 P . 329 .

ومن تطبيقات القضاء الفرنسى أنظر : نقض ١٩٢٩/٧/١٨ (د . إ - ١٩٢٩ - ٥٥٦) ، نقض (عرائض) ١٩٢٠/١٠/٢٠ (د . ١٩٢٠ - ١ - ١٦١ وتعليق M. P ، س ١٩٢٣ - ١ - ٢٠١ وتعليق هاميل ، ١٩٤٦/١/٧ (ج . ب ١٩٤٦ - ١ - ٩٢) .

وفى هذا المعنى أيضا ، فى مصر ، د .إسماعيل غانم ، بند ١٥٧ ، وكذلك كل من : د . محسن شفيق ، د . مصطفى طه ، د . أكثم الخولى ، مشار إليهم فيه فى ص ٣١٢ هامش ١ ، وعكس ذلك د . السنهورى ج ٣ ، بند ١٦٨ .

باقى الدائنين المتضامنين [1] .

آثـــــاره :

٢٩٤- ويترتب التضامن الإيجابي آثاره فى العلاقــة بــين الــدائنين المتضامنين والمدين ، كما أن له آثاره أيضا فى علاقة الدائنين المتضــامنين فيما بينهم .

أولا : فى العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين :

٢٩٥- تقوم هذه العلاقة على مبادئ ثلاثة هى التى تحكم ما يترتــب على التضامن فيها من آثار .

(أ) وحدة الدين :

٢٩٦- ويقصد بها أنه بالرغم من تعدد الدائنين إلا أن حــق هــؤلاء جميعا فى مواجهة المدين هو حق واحد . أو بعبارة أخرى أن المدين يلتــزم بدين واحد فى مواجهة هؤلاء جميعا . ويتفرع على ذلك :

١- أن من حق أى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين .

٢- أنه يجوز للمدين - بدوره - أن يفى بالدين كله لأى دائن منهم فتبــرأ ذمته قبل بقية الدائنين . اللهم إلا إذا اعترضوا على الوفاء لواحد منهم

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ١٨٧٢ ، مارتى ورينو بنــد ٧٧٨ ، جــوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٤ ، كولان وكابيتان ودى لاموانــديير بنــد ٤١٣ . ويضــيف جوسران لأفضلية الوكالة على هذا النوع من التضامن أن الوكالة يمكن الرجوع فيهــا ، كما أنها تنتهى بوفاة الوكيل أو الموكل ، حين أن الوضع الناشئ عن التضامن الإيجــابي هو وضع نهائى ، وغير قابل للرجوع فيه . جوسران بند ٧٥٦ ، وفى مصــر : يــرى السنهورى فى هذا النوع من التضامن أقرب إلى أن يكون ضمانا للمدين ، منــه ضــمانا للدائن ج ٣ بند ١٢٣ .

بالذات (م ١/٢٨٠) ، فإذا أوفاه المدين رغم الاعتراض فلا تبرأ ذمته قبل الباقين إلا بقدر حصة هذا الدائن .

٣- أن من حق ورثة الدائن المتوفى - وهم يحلون فى مركز مورثهم فى الدين التضامنى كله - أن يطالب كل منهم المدين بنسبة نصيبه فى الدين التضامنى كله ، وليس فى النصيب الذى يخص مورثهم من هذا الدين التضامنى [1] . فإذا تضامن - على سبيل المثال - دائنان فى استيفاء مبلغ ٣٠٠ جنيه وتوفى أحدهما عن ابن وبنت فإن ورثة المتوفى يحلون في نفس المركز الذى كان فيه مورثهم بالنسبة للدين التضامنى كله . فإذا طالب أى منهم المدين كان له أن يطالبه بنسبة نصيبه فى هذا الدين التضامنى كله . فللإبن أن يطالب المدين بـ ٢٠٠ جنيه وللبنت أن تطالب المدين بـ ١٠٠ جنيه .

٤- أنه يجوز للمدين أن يدفع مطالبة أى دائن بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا .

تعدد الروابط :

٢٩٧- ويقصد به أنه بالرغم من وحدة الدين إلا أن رابطة مستقلة تربط كل دائن على حدة بالمدين . ويتفرع على ذلك أنه :

١- قد تكون رابطة أحد الدائنين بالمدين مشوبة بعيب يبطلها فيكون لهذا الأخير أن يتمسك بهذا العيب فى مواجهة هذا الدائن وحده دون غيره من الدائنين . وقد تتصف هذه الرابطة بوصف لا تتصف به الروابط الأخرى ، فلا يكون للمدين أن يتمسك بهذا الوصف أيضا إلا فى مواجهة

---

(١) وفى هذا المعنى تقضى المادة ٢٨٠ - ٢ بأنه « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين » .

هذا الدائن وحده [1] (كما لو كان دينه فى مواجهته مضافا إلى أجل) .

حاصل القول فى هذه الجزئية أن المدين لا يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن الذى يطالبه إلا بأوجه الدفاع الخاصة بهذا الأخير أو المشتركة بين الدائنين جميعا ، دون الدفوع الخاصة بغيره من الدائنين . وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٨١ فقرة ٢ .

٢- أن براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء ، لا يكون من شأنها أن تبرئ ذمته قبل الآخرين إلا بقدر حصة هذا الدائن فى الدين التضامنى . (م ١/٢٨٢) .

النيابة التبادلية بين الدائنين فيما ينفعهم :

٢٩٨- ويقصد بها أن أى عمل يقوم به أحد الدائنين ويكون من شأنه أن يفيد سائرهم يعتبر نائبا عنهم جميعا فيه . أما ما يأتيه من أعمال يمكن أن تسئ إلى مركزهم فلا يكون فيه إلا ممثلا لنفسه فقط [2] . ويتفرع على ذلك :

١- أن ما يقوم به أحد الدائنين من إعذار أو مطالبة قضائية المدين أو قطع للتقادم يفيد منه سائر الدائنين . كما يستفيدون من إقرار بالدين يحصل عليه الدائن من مدينه . أو من حكم صدر لهذا الدائن بالأحقية فى الدين ، إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بهذا الدائن .

---

(١) وفى هذا المعنى تقضى المادة ٢٨١ – ١ بأنه « يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين » .

(٢) وفى هذا المعنى : تقضى المادة ٢٨٢ – ٢ بأنه « ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بالآخرين » .

٢- أنه – بالمقابلة – لا يسرى فى حق الدائنين التقادم الذى اكتمل فى حق أحدهم ، أو الإبراء الذى صدر منه للمدين ، ولا الحكم الـذى يحصل عليه هذا الأخير ضد ذلك الدائن . فإن جاز للمدين فى كل هذه الحالات أن يتمسك بهذه الدفوع فى علاقته بذلك الدائن إلا أنه لا يمكنه أن يحتج بها فى مواجهة الآخرين إلا بقدر حصـة هـذا الدائن .

ثانيا : فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

٢٩٩- لا يتحد الدين إلا فى علاقة المدين بالدائنين المتضامنين . أما فى علاقة هؤلاء الأخيرين فيما بينهم فإن الدين ينقسم بينهم كل بنسبة نصيبه الذى يحدده الاتفاق ، وإلا فالأصل أن أنصباءهم متساوية [1] . ويترتب على ذلك أنه إذا استوفى أحدهم الدين كله أو حتى قدرا منه كان ما استوفاه مـن حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه [2] . كما يتحملون – بنفس النسب – إعسار المدين أو إعسار الدائن الذى استوفى الدين .

---

(١) وفى هذا المعنى تقضى المادة ٢٨٣ بأن « كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

(٢) وفى هذا المعنى تقضى المادة ٢٨٣ بأن « كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

المطلب الثانى

التضامن السلبى (التضامن بين المدينين)

La solidarité passive

المقصود به :

٣٠٠- يقصد بالتضامن السلبى ، حالة ما إذا تعدد الطرف المدين فى الرابطة القانونية بحيث يكون من حق الدائن أن يرجع على أى من المدينين بالدين كله . وهو نظام بالغ الأهمية بالنسبة للدائن الذى لا يفوته – حين يتعدد المدينون – أن يشترطه عليهم من حيث تتكاتف بهذا الشكل ذمم المدينين ضمانا للوفاء بحق الدائن الذى لا يخشى فى هذه الحالة مغبة إعسار أحدهم[١] .

٣٠١- ونظرا لهذا الخطورة فإن هذا النوع من التضامن لا يصح افتراضه ، وإنما يلزم أن يرد به اتفاق قاطع فى الدلالة عليه ويجب أن يؤول الشك إلى نفيه [٢] ، أو أن يرد به نص فى القانون . بل إن النصوص التى قررته قد وردت على سبيل الحصر فلا يصح القياس عليها [٣] (ومثالها نص

---

(١) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٦ ، كاربونييه ، بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ؛ ستارك بند ١٨٧٦ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤١٥ .

(٢) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٨/١/٩ المجموعة السنة ١٩ (ع ١) رقم ٣ ص ٢٠ .

(٣) ويجب كذلك لتطبيق هذا التضامن ، أن يطلب الدائن فيه ، الحكم له به ، من محكمة الموضوع ، بشكل واضح صريح ، ولا يكفى أن يشير فى صحيفة افتتاح الدعوى إلى أن مسئولية مدينيه تكون تضامنية بنص القانون . أنظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٤/٢/٢١ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٦٤ ص ٣٨٩ (فى =

المادة ١٦٩) بأنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر » [١]،[٢] .

= شأن التضامن المقرر بالمادة ٦٥١ مدنى بين المهندس والمعمارى والمقاول فى علاقتهما برب العمل) .

وأنظر ، فى توسيع القضاء الفرنسى لفكرة التضامن السلبى :

VINCENT (J) : L'extension de la jurisprudence de la soliderité passive . R .T . 1939 P . 601 – 683 .

(١) أنظر من تطبيقات القضاء المصرى لهذا النص : نقض ١٩٨٠/٣/٤ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٣٧ ص ٧٠١ وأنظر فى التضامن فى حالة تعدد الأخطاء مقال :

KAYSER (P) : La solidarité au cas de fautes R . Crit 1931 P . 197- 224 .

(٢) ومن أمثلته ، فى القانون المدنى أيضاً ، التضامن بين الفضوليين إذا تعددوا (م ١٩٢) ، والتضامن بين المهندس المعمارى والمقاول فى المسئولية عن تهدم المبنى أو وجود عيوب به تهدد متانته وسلامته (م ٦٥١ وأنظر فى هذا الشأن : مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشات الثابتة الأخرى ، بحث للمؤلف ، الناشر دار الفكر العربى . ط ١٩٨٥ ، خاصة بند ٢٧٤ وما بعدها » ، والتضامن بين الوكلاء إذا تعددوا (م ٧٠٧ . وأنظر فى تطبيق لهذا التضامن حكم نقض ١٩٧٧/٥/٣ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٣ ص ١١١٨) ، والتضامن بين الموكلين إذا تعددوا (م ٧١٢) . وأنظر فى تطبيق لهذا التضامن حكم نقض ١٩٧٩/١/١٨ ، المجموعة السنة ٣٠ (ع ١) رقم ٦١ ص ٢٩٣) والتضامن بين الوكيل ومن أنابه عنه فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له فى ذلك ، والتضامن بين الكفلاء ، فى الكفالة القضائية أو القانونية (م ٧٩٥) . وفى القانون التجارى أمثلة كثيرة أخرى ، لا يتسع المقام لعرضها ، أنظر مثلا (م ٢٢ ، م ١٣٧ تجارى) ومن أمثلته فى القوانين الخاصة ما تقضى به الفقرة ٢ من المادة ١٢٨ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، التى تجعل صاحب العمل الجديد مسئولا بالتضامن مع أصحاب العمل السابقين ، عن تنفيذ جميع الالتزامات المستحقة عليهم لهيئة التأمينات الاجتماعية . أنظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض من التضامن : نقض ١٩٧٨/٣/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٥٥ ص ٧٩٠ . =

آثـــــاره :

٣٠٢- وللتضامن بين المدينين آثاره فى العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين ، وفى علاقة هؤلاء الأخيرين فيما بينهم :

أولا : فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين [1] :

٣٠٣- تهيمن على هذه العلاقة نفس المبادئ الثلاثة السابق تناولها فى التضامن الإيجابي . وهى التى تحكم أيضا آثار هذا التضامن فـــى علاقـــة الدائن بمدينيه .

(أ) وحدة الدين :

٣٠٤- يقصد بوحدة الدين فى هذه الحالة أن المدينين ملتزمون فـــى مواجهة الدائن بدين واحد تتضافر ذممهم المالية فى ضمان الوفاء بـــه لـــه ، بحيث يكون كل منهم ملتزما بوفائه كله ، على أن يرجع بعد ذلك بما أوفـــاه على باقى المدينين كل بنسبة حصته . ويتفرع على ذلك :

١- يكون للدائن ، فضلا عن حقه فى مطالبة المدينين مجتمعين بالدين كله أن يطالب أحدهم به . على أن يراعى - بداهة - فـــى هـــذه الحالـــة الأخيرة ما يلحق رابطته بهذا المدين مـــن وصـــف يعـــدل مـــن أثـــر الدين (م ١/٢٨٥) على ما سنرى عند دراسة آثار تعدد الروابط بين

= ومن أمثلة النصوص التى تقرر التضامن بين المدينين فى القانون الفرنســـى : المادة ٢٢٠ مدنى (المعدلة بقانون ١٣ يولية ١٩٦٥) والتى تقضـــى بالتضـــامن بـــين الزوجين فى سداد القرض الذى يبرمه أى منهما للإنفاق منه علـــى متطلبـــات حياتهمـــا الأسرية وعلى تعليم أولادهما . وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص - نقض فرنسى ١٩٨٤/١/١١ (د . ١٩٨٤ - أ .ر - ٢٧٥ وتعليق مارتان) ، وانظر فى تطبيق لحالة أخرى من حالات التضامن (المقرر بنص قانونى) بين المدينين : نقض (تجارى ١٩٨٢/٥/١٩ د . ١٩٨٢ - أ .ر - ٣٧٣) .

(١) انظر هاليكور ، رسالة بوردو سابقة الإشارة الصفحات من ٩٨ - ١٦٥ .

الدائن ومدينيه المتضامنين .

٢- يكون لأى مدين أن يفى بالدين كله ، ويتعين على الدائن قبول الوفاء منه ، فتبرأ ذمة المدين الموفى وذمم باقى المدينين . فإذا كان الوفاء جزئيا وقبله الدائن فلا يجوز لهذا الأخير أن يرجع على بقية المدينين إلا بالجزء الباقى من الدين .

٣- يستطيع المدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يدفع هذه المطالبة بالدفوع المشتركة بين المدينين جميعا (م ٢/٢٨٥) (كبطلان التصرف المرتب لحق الدائن لعدم مشروعية محله على سبيل المثال) . كما يمكنه أن يتمسك بالوصف الذى يلحق الالتزام فى علاقتهم جميعا بهذا الدائن (كما لو كان الدين – على سبيل المثال – مضافا إلى أجل واقف بالنسبة لهم جميعا) .

٤- لكل مدين أن يدفع فى مواجهة الدائن بأسباب الانقضاء العامة التى تقضى على كل الدين كاستحالة التنفيذ بسبب أجنبى .

(ب) تعدد الروابط :

٣٠٥– بالرغم من وحدة الدين فإن روابط متعددة ومستقلة ترتبط بين الدائن وكل مدين من مدينيه المتضامنين . ويتفرع على ذلك :

١- أنه يجب على الدائن ، حين يختار أحد المدينين للرجوع عليه بكل الدين ، أن يراعى طبيعة الرابطة التى تربطه بهذا المدين بالذات ، فإذا رجع على أحدهم وكانت الرابطة بينه وبين من رجع عليه مشوبة بالبطلان أو يلحقها وصف يعدل من أثر الالتزام كان للمدين أن يتمسك بهذه الدفوع فى مواجهة الدائن . حين لا يكون لغيره من المدينين الآخرين ، إذا رجع عليه الدائن ، أن يتمسك بهذه الدفوع الخاصة بغيره . أو بعبارة أخرى يكون لكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بالدفوع المشتركة بين المدينين جميعا أو بالدفوع الخاصة به وحده دون الدفوع الخاصة بغيره (م ٢/٢٨٥) .

٢- قد ينقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين دون الآخرين فتبرأ ذمته فى مواجهة الدائن . لكن يبقى من حق هذا الأخير أن يرجع على الباقين بكل الدين بعد استنزال حصة هذا المدين . على تفصيل فى أسباب الانقضاء نورده فيما يلى :

التجـديد :

لا مشكلة إذا اتفق الدائن على التجديد مع المدينين المتضامنين جميعا فعندئذ ينقضى الالتزام القديم ويصبحون مدينين بالتضامن فى الالتزام الجديد .

أما إذا تم التجديد مع أحد المدينين فقط ترتب على ذلك انقضاء الدين القديم بالنسبة للباقين على أن يرجع عليهم المدين الذى قضى الدين بالتجديد كل بنسبة نصيبه . أما الدائن فليس له أن يرجع بعد ذلك على أى من المدينين الآخرين الذين برئت ذمتهم - بالفرض - من هذا الدين نتيجة انقضائه بالتجديد (م ٢٨٦) ، اللهم إلا إذا كان قد احتفظ - عند التجديد - بحقه قبلهم (م ٢٨٦) . أو بعبارة أخرى إلا إذا قصد استبقاء الدين القديم فى علاقته بهؤلاء المدينين ، وعندئذ يمكنه الرجوع على أى منهم بكل الدين القديم بعد استنزال حصة المدين الذى تم التجديد معه .

المقـاصة :

قد ينقضى الدين بالمقاصة القانونية بين الدائن وأحد المدينين وعندئذ لا يستطيع الدائن أن يتخير هذا المدين بالذات للرجوع عليه وإلاّ تمسك هذا الأخير فى مواجهته بانقضاء الدين كله بالمقاصة ، ويكون لهذا المدين - وقد قضى الدين كله بهذا الشكل - أن يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته .

أما إذا اختار الدائن مدينا آخر ورجع عليه بكل الدين ، فإن هذا المدين

لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن والمدين الآخر المتضامن إلا بقدر حصة هذا الأخير فى الدين كله . ويتعين عليه أن يفى بالباقى للدائن . (م ٢٨٧) .

اتحاد الذمة :

إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين وكان الدائن هو الذى توفى فورثه هذا المدين ، انقضى الدين بنسبة حصة هذا المدين وكان لهذا الأخير – وقد حل محل الدائن – أن يرجع على باقى المدينين بالدين كله بعد استنزال حصته التى اتحدت الذمة فيها . (م ٢٨٨) .

أما على العكس إذا كان أحد المدينين هو الذى توفى فورثه الدائن فقد كان من المفروض أن تتحد الذمة فى شخص الدائن ، فينقضى الدين بنسبة حصة المدين الذى توفى ، بحيث يكون للدائن أن يرجع على أى من الباقين بالدين كله ، بعد استنزال الحصة التى اتحدت فيها الذمة . ولكن وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية التى تقضى بأنه « لا تركة إلا بعد سداد الدين » يكون للدائن أن يرجع على أى من المدينين الباقين بالدين كله ، فإذا وفاه رجع على باقى المدينين وعلى تركة المدين المتوفى كل بنسبة حصته فى الدين .

الإبـــراء [1] :

لا مشكلة إذا أبرأ الدائن المدينين جميعا ، فعندئذ سوف ينقضى الدين التضامنى كله بالإبراء . غير أن الدائن قد يبرئ أحد المدينين فقط :

أ- فإذا أبرأه من الدين ذاته : لم يعد من حقه بعد ذلك أن يختار الرجوع بالدين على هذا المدين بالذات ، وإنما يكون له أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بالدين كله بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه . إلا إذا كان الدائن قد احتفظ ، عند إبراء المدين ، بحقه فى الرجوع على باقيهم بكل الدين . عندئذ لا يستطيع أى من الباقين أن يتمسك

(١) أنظر المواد ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ مدنى .

بهذا الإبراء . فيكون عليه أن يدفع الدين كله ثم يرجع بعد ذلك على باقى المدينين ومنهم المدين المبرأ كل بنسبة حصته . ومن ثم فلا يكون للإبراء الذى تم فى مواجهة أحد المدينين من أثر إلا فى منع الدائن من مطالبته .

وعلى أية حال ، فإذا رجع من وفى الدين التضامنى كله ، بعد استنزال حصة المدين المبرأ ، على باقى المدينين ووجد أحدهم معسرا كان له أن يرجع على المدين المبرأ بنصيبه فى حصة المدين المعسر ، إلا إذا كان الدائن قد أعفى المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فعندئذ يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر .

ب- أما إذا أبرأه من التضامن فقط ، فلا يعد من حق الدائن أن يرجع على هذا المدين إلا بقدر حصته فقط . إنما يحق له أن يختار أى من المدينين الآخرين ليرجع عليه بالدين كله . فإذا أوفاه هذا الأخير رجع على باقى المدينين ، ومنهم المدين الذي أبرئ من التضامن كل بنسبة حصته . فإذا وجد أحدهم عند الرجوع عليه معسرا تحمل كل من الباقين – ومنهم المدين المبرأ – نصيبه فى حصة المعسر .

جـ- فإذا فرض وكان هذا المدين الذى أبرأه الدائن ، هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، وكان الدائن يعلم ذلك « فليس له – أى دائن – أن يرجع بعد ذلك بشيء على المدينين الآخرين . ذلك أنه إذا رجع على أحد منهم ، كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من إبرائه ، فتنعدم الفائدة من هذا الإبراء » [1] . وفى الواقع ، يعتبر الدائن فى هذه الحالة ، فى حكم من أبرأ المدينين جميعا ما دام أنه يجب ، بمقتضى المادة ٢٢٩ ، وكما سنرى فيما بعد ، « إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب

(١) نقض ١٩٧٩/٤/١٧ المجموعة السنة ٣٠ (ع ٣) رقم ٢١١ ص ١٤٣ .

المصلحة فى الدين » أن « يتحمل به كله نحو الباقين » .

التقـــادم :

إذا تقادم الدين فى العلاقة بين الدائن وأحد المدينين المتضـــامنين [1] ، فلا يكون له أن يرجع على هذا المدين ، وإنما يكون له الرجوع على أى من الباقين بكل الدين بعد استنزال حصة المدين التى انقضت بالتقادم [2] (وفـى هذا المعنى نص المادة ١/٢٩٢) . فإذا وفاه أحدهم رجع على بقية المدينين . فإذا وجد أحدهم معسرا تحمل كل منهم ، ومنهم (أو بمن فيهم) المدين الذى انقضى دينه بالتقادم ، نصيبه فى حصة المعسر .

---

(١) وتقادم الدين فى العلاقة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين دون سائرهم ، أمر متصور فى الحقيقة ، بالنظر إلى ما سبق أن أشرنا إليه من تعدد الروابط التى تربط الدائن بكل مدين منهم ، وإمكان أن تتصف إحدى هذه الروابط بوصــف لا تتصــف بــه الروابط الأخرى . بما يتصور معه أن يكون التزام أحد المدينين منجزا ، مثلاً ، حين أن التزام الباقين مؤجل . ولما كان التقادم لا يبدأ - بالفرض - فى السريان إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء ، فسوف يترتب على ذلك فى هذا المثال : أن تكتمل مــدة التقادم بالنسبة لهذا المدين قبل أن تكتمل بالنسبة للباقين . كذلك قد ينقطع التقادم أو يقــف سريانه فى العلاقة بين الدائن وأحد المدينين ، حين يستمر سريانه بالنسبة لمدين آخــر ، وفى هذه الحالة ، ستكتمل مدة التقادم بالنسبة لهذا الأخير ، قبل اكتمالها فى شأن من انقطع التقادم أو توقف فى حقه .

(٢) فإذا كان قد رجع عليه بكل الدين دون استنزال هذه الحصة ، جاز له أن يدفع هذا الرجوع بتقادم الدين بمقدارها . فى هذا المعنى نقض ١٩٦٨/٤/٢ المجموعة الســنة ١٩ (ع د) رقم ١٠١ ص ٦٨٩ ، وإن كانت المحكمة قد استدركت قائلة : « إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع ، فإن أثره لا يتعدى إلى غيــره مــن المــدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به » . وقد أسست هذا الاستدراك على نص المادة ٣٨٧-١ (التى تقضى بأنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجــب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو . . . . أو أى شخص له مصــلحة فيــه » ، حيــث فهمت منه أن إبداء الدفع بالتقادم - فضلا عن أنه يقتصر على من له مصلحة فيه - فإنه لا ينتج أثره « إلا فى حق من تمسك به » . وهو فهم محل نظــر ، إذ يخــالف ، فيمــا نعتقد ، مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فى كل ما ينفعهم .

(ج) النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم [1] :

---

(١) ووجود هذا النوع من النيابة بين المدينين المتعددين ، ولو كانت (أى هذه النيابة) ، مقصورة على ما ينفعهم ، هو أحد الفوارق المهمة التى تميز بين التضامن السلبى وما يعرف بالالتزام التضامنى L'obligation in solidum ، الذى تنعدم فيه ، على العكس ، مثل هذه النيابة بين المدينين المتضامنين ، حتى فيما ينفعهم ، حيث لا توجد فى الحقيقة مصلحة مشتركة بينهم تبررها .

ويقصد بالالتزام التضامنى ، تلك الحالة التى يكون فيها عدة أشخاص مسئولين فى مواجهة الدائن عن دين واحد ، كل منهم يلتزم به كله ، ولكن بسبب (أو مصدر) مختلف (أو مستقل) عن سبب التزام الآخرين به . ومن أمثلته الشهيرة فى القانون الفرنسى ؛ تضامن المهندس المعمارى والمقاول فى المسئولية عن تهدم البناء أو عما يظهر به من عيوب تهدد متانته أو تجعله غير صالح للغرض الذى أنشئ من أجله (م ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى ، حيث يرتبط المهندس والمقاول كل منهما بعقد منفصل . مع رب العمل (أنظر بحث المؤلف سابق الإشارة إليه ، وعلى الأخص البنود من ٢٧٩ – ٢٨٨) . أما فى مصر : فإن مسئولية المهندس المعمارى والمقاول هى مسئولية تضامنية بمقتضى صريح نص المادة ٦٥١ مدنى .

ويمكن أن نمثل للالتزام التضامنى فى مصر ، بمسئولية العامل الذى يخل بالتزامه العقدى فى مواجهة رب العمل ، وذلك بتحريض من رب عمل آخر ، حيث تجتمع مسئولية المحرض التقصيرية مع مسئولية العامل العقدية ، ومن ثم يتضامان فى التزامهما بتعويض ما ترتب على ذلك من ضرر لرب العمل . ويكون من ثم كل منهما مسئولا عن هذا التعويض بأكمله .

ولعل انعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين حتى فيما ينفع ، هو الذى يقف وراء نعت هذا النوع من الالتزام ، من قبل بعض الشراح ، بـ التضامن الناقص La solidarité imparfaite ، أنظر مثلا : كاربونييه بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ، مارتى ورينو بند ٧٧٧ ، جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٥٦ ، وراجع فى دراسة وافية لفكرة التضامن الناقص :

N .IOANID (N) : De la solidarité imparfaite . Thèse paris 1902 .

وراجع فى الالتزام التضامنى بوجه عام : =

٣٠٦- مضمون هذه النيابة كما سبق أن ذكرنا في التضامن الإيجابي – أن أي عمل يقوم به أحد المدينين ويكون من شأنه أن يفيد سائرهم يعتبر نائبا عنهم فيه دون ما يضرهم من الأعمال . ويتفرع على ذلك :

١- إذا وجه أحد المدينين إلى الدائن إعذاراً ، استفاد منه باقي المدينين . أما إذا كان الدائن هو الذي وجه الإعذار لأحدهم أو طالبه قضائيا فلا يضار الباقون . (م ٢٩٣) .

٢- إذا انقطع التقادم أو توقف بالنسبة لأحد المدينين فإنه يظل ساريا النسبة للباقين بما يعني أن الدائن لا يمكنه أن يتمسك بهذا الانقطاع أو هذا الوقف قبل باقي المدينين (م ٢/٢٩٢) . وإذا لم يتمسك أحد المدينين بالتقادم بقي من حق الباقين أن يتمسكوا به .

= MEURISSE (R) : Le déclin de l'obligation in solidum . D . 1962 – chr – P . 243 à 246 : CHABAS (F) : Remarques sur l'obligation in solidum R T . 1967 P . 310 .

جوجلار (دروس مازو) البنود ١٠٧٠ إلى ١٠٧٢ ، ستارك البنود ١٨٨٣ إلى ١٨٨٦ ، مارتي ورينو البنود ٧٩٧ إلى ٨٠٠ ، وفي مصر : د .السنهوري ج ٣ بند ١٧٦ ، د . إسماعيل غانم ١٥٩ ، وأنظر من تطبيقات القضاء المصري للالتزام التضاممي : نقض ١٩٦٨/٣/٢١ المجموعة السنة ١٩ (ع ١) رقم ٨٥ ص ٥٦٩ ، نقض ١٩٦٧/١١/٢١ المجموعة السنة ١٨ (ع ٤) رقم ٢٥٩ ص ١٧١٧ (وقد جاء في هذا الحكم أن : مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحدا ، أنه يجوز للدائن أن يطالب أي مدين بكل الدين . ولا يجوز للمدين الذي دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما . ولأنه إنما دفع عن نفسه) . والحكم ، في جزئه الأخير المتعلق بعدم جواز رجوع المتضامم الموفي على المدين الآخر ، محل نظر فهذا الرجوع جائز في الحقيقة ، نقض ١٩٦٦/٢/١٧ المجموعة السنة ١٧ (ع ١) رقم ٤٦ ص ٣٢٩ .

٣- إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين ، فإن هذا الصلح ينفذ فى حق بقية المدينين بالقدر الذى ينفعهم . أما إذا انطوى هذا الصلح على ما يضرهم، فلا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) .

٤- إذا أقر أحد المدينين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين [١] . (م ٢٩٥/١) أما – على العكس – إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين، كان لبقية المدينين أن يفيدوا من هذا الإقرار .

٥- إذا وجه الدائن اليمين الحاسمة إلى أحد المدينين وحلفها فخسر الدائن بذلك دعواه ، استفاد من ذلك باقى المدينين . أما إذا نكل عنها فخسر دعواه ، فلا يضار الباقون بنكوله . أما إذا كان أحد المدينين هو الذى وجه اليمين إلى الدائن فحلفها فكسب بذلك دعواه ، فلا يحتج على باقى المدينين بهذا الحلف . أما إذا نكل عنها الدائن فخسر دعواه استفاد الباقون من هذا النكول . (م ٢٩٥ / ٢ ، ٣) .

٦- إذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ فى تنفيذ التزامه فإنه وحده الذى يسأل عنه دون باقى المدينين . وفى هذا المعنى تقضى المادة ١/٢٩٣ بأنه « لا يكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله » .

ويتأسس هذا الحكم لدى بعض الشراح على أساس من المبادئ العامة فى المسئولية [٢] وليس – كما يذهب واضعو المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) أنظر ، من تطبيقات القضاء ، لهذا الفرض : نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ المجموعة السنة ١٧ (ع ٤) رقم ٢٤٢ ص ١٧٠٥ .

(٢) من هذا الرأى د . محمود جمال الدين زكى بند ٤٩٧ ، وقرب د . سليمان مرقس بند ٧٧٧ .

التمهيدى [1]– على أساس من استبعاد النيابة التبادلية حين يسئ إعمالها إلـــى مركز المدينين المتضامنين [2] . حيث إن النيابة لا تكون إلا فى التصــرفات القانونية ولا شأن لها بالأعمال المادية [3] .

غير أن قصر المسئولية عن الخطأ ، الـذى يرتكبــه أحـد المــدينين فى تنفيذه لالتزامه ، على هذا المدين المخطئ وحــده ، يقتضـــى إيضــاحا فى الفرض الذى يتمثل فيه هذا الخطأ فى التسبب فى هلاك الشـــىء الــذى كان من الواجب أداؤه للدائن . فقد اعتقد بعــض الشــراح أن هــذا الخطـــأ المؤدى إلى هلاك الشيء ومن ثم إلى استحالة أدائه للــدائن ، يــؤدى إلـــى براءة ذمة باقى المدينين براءة تامة ، بحسبان هــذا الخطـــأ يشــكل ســببا أجنبيا بالنسبة لهم . ومن ثــم فــإنهم لا يســألون فـــى مواجهــة الــدائن ، ولا حتى عن قيمة الشىء ، الذى هلك ، إذ تقتصـــر المســئولية عــن هــذه القيمة ، وكذلك عن جميـــع عناصـــر الضـــرر الأخـــرى التـــى يمكـــن أن تصيب الدائن من جراء عدم حصوله على هذا الشيء على المدين المخطـــئ وحده [4] .

وإعفاء المدينين المتضامنين من التزامهم بدفع قيمـــة الشـــىء الــذى هلك ، هو حكم يتنافى وفكرة التضامن الــذى يهــدف فـــى الحقيقــة إلـــى

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٨٦ .

(٢) من هذا الرأى : د . السنهورى ج ٣ بند ١٩٧ ، د . شمس الــدين الوكيــل ص ٢٥٠ ، د . الصده بند ٦٨ ، د . عبدالودود يحيى بند ١١١ ، وقرب د . عبــدالفتاح عبدالباقى بند ١٧٠ ، د . جميل الشرقاوى بند ٦٤ ص ٢١٣ .

(٣) لمزيد من التفاصيل فى أسانيد هذا الرأى : د . محمود جمال الــدين زكـــى بند ٤٩٧ .

(٤) من هذا الرأى : د . إسماعيل غانم بند ١٧٣ . هــامش ٢ مــن ص ٣٣٢ ، ٣٣٣، وقرب د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٧٠ .

تأمين الدائن من خطر إعسار أحد المدينين ، إذ « في القول بمساءلة المدين المخطئ وحده عن قيمة الشيء الهالك ، ما يعرض الدائن لخطر ضياع حقه ، إذا كان هذا المدين معسراً » [1] . ومن ثم فإننا نعتقد مع البعض الآخر من الشراح [2] بوجوب التمييز بين قيمة الشيء الذى هلك ، وعناصر الضرر الأخرى [3] ، حين يبقى جميع المدينين مسئولين بالتضامن عن الوفاء بهذه القيمة . أما بقية عناصر الضرر الأخرى فيسأل عن تعويضها المدين المخطئ وحده . وليس في هذا الحل ما يتنافى واستبعاد النيابة التبادلية بين المدينين فيما يضر « إذ لن يترتب على إلزامهم بقيمة الشيء الهالك زيادة فى عبء الالتزام بالنسبة لهم »[4] .

٧- الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين لا يكون حجة على باقيهم . أما الحكم الذى يصدر لصالحه فإن لهم جميعا أن يفيدوا منه [5] . إلا إذا كان مبينا على أسباب تتعلق بشخص المدين الذى صدر لصالحه . (م ٢٩٦) .

---

(١) د . أنور سلطان بند ٣٠٠ .

(٢) د . أنور سلطان ، الإشارة السابقة ، د . عبدالحي حجازى أشار إليه د . سلطان ص ٢٩٣ هامش ٢ د . الصده بند ٦٨ ، د . عبدالودود يحيى بند ١١١ .

(٣) كالمصاريف التى أنفقها الدائن فى إبرام العقد ، وما فاته من ربح بسبب عدم حصوله على الشيء .

(٤) د . أنور سلطان بند ٣٠٠ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض المصرية . بأن الاستئناف المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعددهم . وأن المدينين المتضامنين يقوم بعضهم مقام البعض فى الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع المشتركة بينهم : نقض ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة السنة ٢٢ رقم ٧٦ ص ٥٤٩ .

ثانيا : فى علاقة المدينين فيما بينهم [1]:

٣٠٧- إذا كان المدينون يتضامنون فى الوفاء بحق الدائن ، فإن الدين فيما بينهم ينقسم ، بحيث إذا وفاه أى منهم كان له أن يرجع على باقى المدينين كل بنسبة حصته . كما يتحمل كل منهم أيضا نصيبه فى حصة المعسر منهم . (م ٢٩٨) . وكذلك الحال لو قضى أحد المدينين الدين كله بطريق معادل للوفاء كالمقاصة أو التجديد .

والأصل أن تكون حصص المدينين المتضامنين متساوية ، ما لم يرد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك [2] (م ٢/٢٩٧) ، أو كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فعندئذ يتحمل هو وحده الدين كله [3] (م ٢٩٩) . فإذا كان الدائن قد رجع عليه هو ، فلا يكون له بعد أن يفى أن يرجع على أى من الباقين . وإذا كان قد رجع على غيره ، كان لمن أوفى [4] أن يرجع على هذا المدين وحده بكل ما أوفاه [5] .

---

(١) أنظر فى هذا الشأن رسالة هاليكور سابقة الإشارة . الصفحات من ٨٦ إلى ٩٧ .

(٢) أنظر نقض ١٩٧٣/٣/٩ المجموعة السنة ٢٣ (ع ١) رقم ٥٧ ص ٣٦٤ .

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض : نقض ١٩٧٥/١/٢٧ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٥٨ ص ٢٥٧ .

(٤)،(٥) وتطبيقا لهذا الفرض ، جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية أنه « لئن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامنين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن ، إلا أنه لا يجوز لغيره من المدينين المتضامنين ، الرجوع عليه بهذا الدين ، إلا إذا كان قد وفاه بالفعل للدائن . ولا يغنى عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بهذا الدين طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذا الأحكام » . نقض ١٩٧٦/٥/٣ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٠٢ ص ١٠٥٦ .

٣٠٨– والمدين الموفى حين يرجع على باقى المدينين : إما أن يرجع عليهم بدعوى شخصية أو يرجع عليهم بدعوى الحلول ، حين يحل محل الدائن الذى وفاه فى رجوعه على باقى المدينين ، وهذا أفضل بالنسبة له ، حيث تمكنه دعوى الحلول من الإفادة من التأمينات التى كانت تضمن حق الدائن [١] . لكنه فى هذه الحالة الأخيرة لا يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين [٢] (م ١/٢٩٧) .

المبحث الثانى

عدم القابلية للانقسام

L'indivisibilité

المقصود به ، وأسبابه :

٣٠٩– يقصد بعدم القابلية للانقسام ، كوصف للالتزام ، حالة ما إذا كان من الواجب تنفيذ الالتزام كوحدة واحدة أو جملة واحدة ، دون أن ينقسم على أطرافه المتعددين ، رغم عدم وجود تضامن بينهم فيه ، وذلك خلافاً للأصل الذى يوجب انقسام الدين فى هذه الحالة ما دام لا يوجد تضامن بين أطرافه المتعددين . ويعنى عدم الانقسام أن كل مدين – إذا كان التعدد فى المدينين – يكون ملزما بوفاء الالتزام كاملا ، وأن لكل دائن – إذا كان التعدد فى الدائنين – أن يطالب بأدائه كاملاً .

٣١٠– وترجع عدم قابلية التزام ما للانقسام إلى أحد سببين : إما إلى طبيعة محله ، حين يقال فى هذه الحالة أن هناك عدم انقسام طبيعياً ، أو

---

(١) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٦٨ ، مارتى ورينو بند ٧٩١ .

(٢) فى هذا المعنى ، جوجلار ، الإشارة السابقة .

لاشتراط عدم تنفيذه منقسما ، حين يقال فى هذه الحالة أن هناك عدم انقسام اتفاقياً أو مشروطاً .

(أ) فأما عدم الانقسام الطبيعي ، فمرجعه إلى أن محل الالتزام لا يقبل بطبيعته أن ينقسم ، إما لأن هذا المحل لا تتصور تجزئته ، كما هو الحال فى الالتزام بتسليم حيوان ما حيا مثلا ، حين توصف عدم القابلية للانقسام هنا بأنها مطلقة ، أو لأنه – مع إمكان تصوره مجزءاً – قد نظر إليه فى العقد بحسبانه كلا واحداً لا يقبل هذه التجزئة ، كما هو الحال مثلا فى التزام مقاولين ببناء منزل [1] ، حين توصف عدم القابلية للانقسام هنا بأنها مجرد نسبية [2] .

وتتحقق عدم القابلية للانقسام المطلقة – كقاعدة عامة ، إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل [3] ، إذ لا يتصور أن يتجزأ هذا الامتناع على المدينين المتعددين « لأن كل عمل مخالف للامتناع موضوع الالتزام يتضمن مخالفة لهذا الالتزام » [4] ، كالتزام مجموعة بائعين لمحل تجارى بعدم منافسة المشترى . كما أن من الالتزام بعمل ما يتصور أن يكون غير قابل للانقسام بسبب طبيعة هذا

---

(١) فى هذا المعنى : مارتى ورينو ٧٧٠ ، كاربونييه بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ، وأنظر أيضا د . إسماعيل غانم بند ١٨٥ .

(٢) وتقدير وجود هذه الصورة من عدم الانقسام ، هو – بداهة – من إطلاقات محكمة الموضوع . أنظر فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٧٧٠ ص ٧٧٦ والأحكام المشار إليها فى هذا الموضع هامش ٢ .

(٣) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤٣٤ ، مارتى ورينو بند ٧٧٠ ، أنظر أيضا د . إسماعيل غانم بند ١٨٥ .

(٤) كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٤٣٤ .

العمل [1] ، كالتزام بتسليم حيوان حيا . أما الالتزام بنقل حق عينى أو إنشاء هذا الحق ، أى الالتزام بإعطاء ، فيندر فى الواقع أن يكون غير قابل للانقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله ، لأن الوفاء الجزئى به – حتى فى الحالات التى يكون فيها الشىء ، محله ، غير قابل للتجزئة المادية – يظل أمرا ممكنا وذلك بأن تنقل للدائن حصة شائعة فى الشىء بدلا من الحق كاملاً [2] .

وتتحقق عدم القابلية للانقسام النسبية ، كما قلنا ، فى كل مرة يكون محل الالتزام فيها غير قابل لأن ينقسم بسبب نظرة المتعاقدين إليه ككل لا ينقسم .

(ب) وأما عدم الانقسام المشروط [3] ، فإنه لا يرجع إلى أن طبيعة

---

(١) ويرى مارتى ورينو أن « معظم » صور الالتزام بعمل ، تكون كذلك ، أنظر بند ٧٧٠ ، وفى نفس المعنى : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٤٣٤ .

(٢) فى هذا المعنى ، مارتى ورينو بند ٧٧٠ . ومن الأمثلة العملية النادرة له ، والتى تحظى بتسليم الفقه : الالتزام بتقرير حق ارتفاق . أنظر مثلا : مارتى ورينو بند ٧٧٠ ، كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٤٣٤ ، د . إسماعيل غانم ص ٣٤٧ هامش ١ . كما يمثل بعض الشراح لذلك أيضا بالالتزام بترتيب حق رهن : أنظر : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ، الإشارة السابقة ، د . السنهورى ج ٣ بند ٢١١ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٩٥ ، ونقض مصرى ١٩٧٣/٧/١١ المجموعة ٢٤–١٧٣– ١٠٠٠ ، وانظر عكس ذلك ، وأن قاعدة عدم تجزئة الرهن المقررة بالمادة ١٠٤١ مدنى لا شأن لها بالالتزام بإنشائه ، إذ يصح أن يتقرر الرهن على حصة شائعة فى عقار ، د . إسماعيل غانم ، الإشارة السابقة ، وفى نفس الاتجاه العكسى : د . محمود جمال الدين زكى بند ٥٠٩ .

(٣) ويصف كابونييه عدم قابلية الالتزام للانقسام فى هذا الفرض ، بأنها عرضية ، بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ، وانظر ، بوجه عام ، فى هذا الموضوع :

J . BOULANGER : Usage et abus de la notion d'indivisibilité R. T 1950 P . 1 et s .

المحل لا تقبل الانقسام مطلقا أو نسبيا على التحديد السابق ، وإنما إلى مجرد الاتفاق على عدم تنفيذ الالتزام مقسما . هذا الاتفاق الذى قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا يستخلصه قاضى الموضوع من ظروف التعاقد [1] وبخاصة من الغرض المقصود من الالتزام . ومثاله ، ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية من شراء أحد الأشخاص قطعة أرض من عدة ملاك حين كان مفهوماً من العقد أنه قد قصد أن يقيم عليها مصنعا ، إذ لا يجوز فى هذه الحالة أن يتم الوفاء من كل مالك بقدر حصته الشائعة ، بل يلزم الوفاء بالكل[2] .

ويغلب فى عدم الانقسام الاتفاقى أن يكون مشروطا لمصلحة الدائن . على أنه قد يكون مشروطا فى بعض الأحيان لمصلحة المدين فلا يجبر هذا الأخير ، عندئذ ، على تقسيم الوفاء على الدائنين المتعددين .

* * *

٣١١- قد لخصت أسباب عدم قابلية التزام ما للانقسام المادة ٣٠٠ مدنى ، حين قضت بأنه « يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

(أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم .

(ب) إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان إن الالتزام

---

(١) فى هذا المعنى نقض مصرى ١٩٧٨/٥/٢٥ المجموعة ٢٩ - ٢٥٩ - ١٣٢٨، وفى فرنسا قضت محكمة النقض بأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون بذاته غير قابل للانقسام . وأنه لا يمكن استخلاص عدم قابليته لهذا الانقسام من مجرد كونه قد حدد جملة فى العقد ، دون اشتراط أن يكون على كل من المدينين به دفع نصف هذا المبلغ . أنظر نقض ١٩٨٤/١/١١ (د . ١٩٨٤ - أ .ر - ٢٧٥ وتعليق مارتان) .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٠١ .

لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » .

آثار عدم القابلية للانقسام :

٣١٢- لا تظهر أهمية عدم القابلية للانقسام إلا عندما يتعدد الدائنون أو المدينون [1] ، أما إذا كانت الرابطة القانونية تجمع بين دائن واحد ومدين واحد ، فإن القاعدة نفسها ، كما سنفصله في موضوع لاحق ، هى عدم جواز تجزئة الوفاء ، بمعنى أنه لا يجوز إجبار الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه ، حتى ولو كان محل الالتزام قابلا لأن ينقسم .

٣١٣- فإذا كان التعدد فى المدينين « كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا (م ١/٣٠١) ، بما يعنى أن من حق الدائن الرجوع على أيهم به كله « وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك » (م ٢/٣٠١) . كما لو كان أحد المدينين مثلا هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فيتحمله وحده .

٣١٤- وإذا كان التعدد فى الدائنين : سواء كان هذا التعدد ابتداء (أى عند نشأة الرابطة القانونية) أو وقع لاحقا (كما لو تعدد ورثة من كان بمفرده دائنا فى هذه الرابطة) ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا . فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين ، أو إيداع الشىء محل الالتزام (م ١/٣٠٢) . هذا عن أثر عدم القابلية للانقسام فى علاقتهم بالمدين . أما فى العلاقة فيما بينهم ، فإن الدائنين الآخرين يرجعون « على الدائن الذى

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٩/٣/١٧ المجموعة ٢٠ (ع ١) - ١٥٤ - ٨٣٩ ، وأنظر أيضا : ستارك بند ١٨٨٨ ، مارتى ورينو بند ٧٦٨ .

استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته » (م ٣٠٢/٢) .

أوجه الاختلاف بين عدم القابلية للانقسام ، والتضامن [١]:

٣١٥- بدا من آثار عدم القابلية للانقسام على نحو ما عرضناه كيف تقترب إلى حد كبير من آثار التضامن . لكن يبقى ، مع ذلك ، فارقان جوهريان بين هذين النظامين :

فمن ناحية : بينما أن التضامن بين المدينين يمتد ليشمل ، إلى جانب تضامنهم فى التنفيذ العينى للالتزام ، تضامنهم فى الالتزام بالتعويض نتيجة إخلالهم بهذا التنفيذ ، فإن عدم الانقسام الطبيعى للالتزام ، وهو يرجع إلى طبيعة محله نفسها ، إنما ينحصر – بداهة – فى فرض تنفيذه عينا . أما التعويض عن الإخلال بهذا التنفيذ ، وهو يتمثل – بالفرض – فى مبلغ من النقود ، فإنه ينقسم على المدينين المتعددين ، لأن النقود بطبيعتها نفسها ، مما يقبل هذا الانقسام [٢] . ويظهر من ذلك إلى أى حد يكون من مصلحة الدائن ألا يكتفى بعدم قابلية الالتزام للانقسام ، وإنما أن يشترط التضامن بين مدينيه المتعددين .

ومن ناحية أخرى : بينما يظل الالتزام غير القابل للانقسام (بطبيعته أو بالاشتراط) محتفظا بهذه الصفة إذا توفى الدائن فيه فورثه متعددون [٣] ،

---

(١) لمزيد من التفاصيل فى أوجه الاختلاف بين النظامين راجع : ستارك ، البندان ١٨٨٩ ، ١٨٩٠ ، جوسران بند ٨٠١ .

(٢) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٧٥ بند ١٠٧٥ ، وأنظر نقض مصرى ١٩٦٦/٢/١٧ المجموعة ١٧ (ع ١) – ٤٦ – ٣٢٩ ، ونقض فرنسى ١٩٣٣/٣/١٤ (د . إ ١٩٣٣ ص ٢٣٤) .

(٣) ويمتد نفس الحكم فى القانون الفرنسى إلى الفرض الذى يتوفى فيه أحد المدينين ، حين لا ينقسم الالتزام أيضا على ورثته ، بما يعنى أن بإمكان الدائن أن =

حيث يجوز لكل وارث كما قلنا أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً (م ١/٣٠٢) فإن التضامن بين الدائنين فى التزام يقبل الانقسام ، لا يحول كما بينا فى موضع سابق ، « دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين » (م ٢/٢٨٠) .

= يرجع على أى من هؤلاء الورثة بالدين كاملا . ويرى جوجلار فى هذا الحكم ، الفائدة الرئيسية من فكرة عدم الانقسام ، بند ٢٠٧٦ ، وفى نفس المعنى : مارتى ورينو بند ٧٧١ .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

تمهيد :

٣١٦- يقصد بانتقال الالتزام ، تغير أحد أطراف الرابطة القانونية بحلول غيره محله ، في ذات هذه الرابطة ، ومع الإبقاء عليها . وهو بهذا الشكل يختلف عن بعض صور انقضاء الالتزام التي يترتب على تغير أحد أطراف الرابطة القانونية فيها انقضاء الالتزام الأصلي وحلول التزام جديد محله (كما هو الحال في التجديد والإنابة) [١] .

٣١٧- ويقع انتقال الالتزام : إما بسبب الوفاة ، حين يخضع لأحكام الإرث والوصية ، أو بين الأحياء حين يسمى بالحوالة . فإذا أصاب التغيير شخص الدائن كنا بصدد حوالة حق [٢] ، أما إذا تناول

---

(١) انظر في تفاصيل التفرقة بين حوالة الحق ، وهذه الأنظمة ، وكذلك بينها والوفاء مع الحلول ، والاشتراط لمصلحة الغير : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٧٦ ، مارتي ورينو بند ٨٠٣ ، السنهوري ج ٣ ، البنود من ٢٤٢ - ٢٤٤ .

(٢) ولم ينظم القانون المدني الفرنسي سوى هذا النوع من الحوالة فقط ، وذلك في المواد من ١٦٨٩ - ١٦٩٥ . وقد عالجها - بهذه المواد - في الباب المخصص لعقد البيع . راجع في نقد هذا المنهج ، تأسيسا على أن حوالة الحق يمكن أن تتم على سبيل التبرع ، ويمكن أن يكون المقصود منها هو الوفاء بمقابل : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٥٧ .

أما حوالة الدين ، فلم ينظمها المشرع الفرنسي . ويصف بعض الشراح الفرنسيين التطبيقات الاستثنائية التي استعان فيها المشرع بهذه الفكرة ، بأنها تطبيقات « نادرة » . أنظر جوجلار بند ١٢٨١ .

ويثور التساؤل في فرنسا عما إذا كان سكوت المشرع عن تنظيم هذا النوع من الحوالة ، يعني عدم جواز التراضي على انتقال الدين إلى مدين آخر ولو بموافقة الدائن على هذا الانتقال ؟ البعض يجيب على ذلك بالإيجاب ، مؤكدا أن سكوت المشرع =

التغيير شخص المدين كنا بصدد حوالة دين . ونخصص لكل من نوعى الحوالة فصلا مستقلا .

= عن تنظيم هذا النوع من الحوالة هو « سكوت مقصود » . أنظر جوجلار بند ١٢٨١ ، فيما يؤمن البعض وجهة النظر العكسية ، تأسيسا على أن مبدأ حرية الاتفاقات يكفى لتبرير مثل هذه العملية القانونية ، شريطة أن يوافق الدائن على هذا الانتقال أنظر :

مارتى ورينو بند ٨٠٢ ، وانظر أيضا : محكمة ستراسبورج الابتدائية (الاستئنافية) : ١٩٧١/٣/٢٤ (د . ١٩٧٣ – ١٦ وتعليق لاروميه ، ر .ت ١٩٧٢ – ٧٧٧ وتعليق لوسوران) .

الفصل الأول

حوالة الحق

Cession de créance

تعريفها : والغرض منها [1]:

٣١٨- حوالة الحق عقد ، ينقل الدائن بموجبه ، ذات الحق الذى لـه فى مواجهة المدين ، إلى شخص آخر ، حين يسمى الدائن الأصلى بالمحيل ، والدائن الجديد المحال له ، والمدين بالمحال عليه .

٣١٩- وقد ينقل الدائن حقه لغيره دون مقابل ، حين تكون الحوالـة بقصد التبرع ، فتأخذ حكم الهبة وتخضع لأحكامها [٢] . وقد ينقلـه بعـوض فتأخذ الحوالة حكم البيع : ويقع ذلك حين يقصد الدائن بحق مؤجل ، أن يحيل هذا الحق لآخر مقابل الحصول منه على ثمن عاجل ، وإن كان أقل مما لـه فى مواجهة المدين . وقد يقصد الدائن بالحوالة ، أن يفى بها دينا عليه للمحال له ، فتأخذ الحوالة حكم الوفاء بمقابل .

تقسـيم :

نقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة ، نعرض فى أولها لانعقاد الحوالـة ونخصص الثانى لنفاذ الحوالة . لنكرس لآثار الحوالة المبحث الثالث .

---

(١) راجع فى تفاصيل الفائدة العملية من حوالة الحق ، جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٥٦ .

(٢) فى هذا المعنى أيضا : ستارك بند ٢٣١٨ .

المبحث الأول

انعقاد حوالة الحق

٣٢٠- تنعقد حوالة الحق بالاتفاق بين الدائن الأصلى (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) . فلا يشترط أن يكون المدين طرفا فيها . وأساس ذلك أن المدين – من حيث الأصل – لا يضيره أن يفى بالدين لشخص معين أو لآخر [١] .

ويخضع الاتفاق على الحوالة للقواعد العامة فى العقد ، من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب . واستيفاء كل منها لما يتطلبه القانون من شروط . ويضاف إلى ذلك ضرورة توافر الشكل حين تكون الحوال هبة صريحة للمحال إليه [٢] .

٣٢١- والأصل أن الحوالة تجوز فى كل الحقوق الشخصية [٣] وذلك بصرف النظر عن محل هذه الحقوق . فقد يكون نقوداً أو مثليات ، حقا مدنيا أو تجاريا ، عملا أو امتناعا عن عمل . كذلك لا يهم ما إذا كان الحق عاديا (بسيطا) أو موصوفا (معلقا على شرط أو مضافا لأجل) . كل ما فى الأمر أنه يتعين أن يكون الحق محل الحوالة قابلا للحجز عليه (م ٣٠٤ مدنى) .

غير أنه قد يحول دون إمكان الحوالة ، طبيعة الحق أو نص القانون . كما قد يتفق المدين مع دائنه على عدم جواز حوالة هذا

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣١٩ .

(٢) فى هذا المعنى : جوجلار بند ١٢٥٩ .

(٣) فى هذا المعنى : نص المادة ٣٠٣ مدنى مصرى .

الحق إلى شخص آخر (م ٣٠٣) .

فحيث يكون شخص الدائن محل اعتبار فى العقد ، فإن طبيعة هذا الحق تتنافى مع إمكان حوالته . كما هو الحال فى عقود شركات الأشخاص . وقد يحظر القانون نفسه حوالة الحق لاعتبارات معينة ، كما هو الحال فيما تقضى به المادة ٦٣٩ مدنى من عدم إمكان نزول المستعير عن استعمال الشيء المعار للغير ، ولو على سبيل التبرع ، دون إذن من المعير . وقد يشترط المدين على دائنه عند التعاقد ، عدم تحويل حقه للغير : كأن يحظر المؤجر على المستأجر أن يتنازل عن حقه فى الإيجار لغيره .

المبحث الثانى

نفاذ الحوالة

٣٢٢- إذا كان يكفى لانعقاد الحوالة : الاتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد ، إلا أن نفاذها فى مواجهة المدين يستلزم – على الأقل – إحاطته علما بها ، حتى يتبين شخص الدائن الذى يتعين عليه أن يفى له . وإلا كان المدين على حق ، أن يعتقد أن شخص الدائن لم يطرأ عليه أى تغيير . فإذا أوفى له – رغم حوالة لا يعرف عنها شيئا – كان وفاؤه صحيحا مبرئا لذمته [1] .

لذلك كان من المفهوم أن يعلق المشرع نفاذ الحوالة فى مواجهة كل من المدين والغير على إعلان المدين بها أو قبوله لها (م ٣٠٥) [2] .

(١) فى هذا المعنى أيضا : كاربونييه بند ١٢٣ ص ٤٥٢ .

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٧٨/١/٢ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٩ ص ٦١ ؛ نقض ١٩٧٨/٦/٢١ المجموعة ٢٩ – ٢٩١ – ١٥١٠ .

١- نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين :

٣٢٣- تنفذ الحوالة في مواجهة المدين ، إما بإعلانه بهـا أو بقبولـه لها . ولا يكفى علمه الفعلى بها ، ما لم يكن متواطئا .

(أ) الإعـلان :

٣٢٤- ويقوم به - عادة - الدائن الجديد (المحـال لـه) ، إذ هـو صاحب المصلحة الأكبر فى نفاذ الحوالة ، ولكن يجوز أيضا أن يـتم مـن جانب الدائن القديم (المحيل).[1] .

ويتم الإعلان بورقة رسمية من أوراق المحضرين ، سـواء أعلنـت خصيصاً للمدين بهدف إعلانه رسمياً بحصول الحوالة ، أو أعلنت لغـرض آخر ، وإن تضمنت ما يفيد حصول الحوالة ، وشـروطها الجوهريـة [2] . (كورقة التكليف بالحضور التى يوجهها الدائن الجديد إلى المدين لمطالبتـه بسداد الدين الذى حل فيه محل الدائن القديم) [3] إنما لا يغنى عـن الورقـة

---

(١) فى هذا المعنى أيضا جوجلار بند ١٢٦٠ .

(٢) انظر د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٩٢ .

(٣) انظر ستارك بند ٢٣٢٤ ، بريور تعليـق علـى حكـم اسـتئناف بواتييـه فـى ١٩٦٧/١٠/١٠ (جـــ .ك .ب ١٩٦٨-٢-١٥٥٤٤) . وانظـر مـن تطبيقـات القضاء المصرى، نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ المجموعـة السـنة ٣١ رقـم ١٢٣ ص٦٢٩ ؛ نقـض ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعـة ٢٩-٢٤٧-١٢٦١ ، وانظـر أيضـاً نقـض ١٩٧٦/٥/٢٤ المجموعة ٢٧-٢٢٣-١١٧١ . وقد اشترطت محكمة الـنقض الفرنسـية أن يكون هذا التكليف مشتملاً علـى صـورة (أو ملخـص extrait) مـن الحوالـة ، يؤكد انتقال الحق إلـى الـدائن الجديـد ، انظـر : نقـض (تجـارى) ١٩٦٩/٢/١٨ (د . ١٩٦٩-٣٥٤) .

الرسمية أى طريق آخر ولا الكتاب المسجل المصحوب بعلم الوصول [١] .

(ب) القبول :

٣٢٥- تنفذ الحوالة – من باب أولى – فى مواجهة المدين إذا قبلها ، صراحة كان هذا القبول أو ضمناً . والوضع الطبيعى أن يتم هذا القبول بعد انعقاد الحوالة ، إذ يغلب أن يقع الاتفاق عليها فى غير وجود المدين . إنما ليس هناك ما يمنع أن يتم هذا القبول أثناء الاتفاق على الحوالة بين طرفيها (الدائن القديم والدائن الجديد) . على أن يلاحظ أن المدين بهذا القبول لا يعتبر طرفاً فى الحوالة . فقبوله لا يعنى أكثر من أنه علم بالحوالة وبشخص دائنه الجديد [٢]، بما يجعله ملتزماً بالوفاء لهذا الأخير فى حدود ما كان ملتزماً به نحو الدائن الأصلى . ولذلك فإن قبول المدين للحوالة لا يسقط حقه فى التمسك – فى مواجهة الدائن الجديد – بالدفوع التى كان يمكنه التمسك بها فى مواجهة الدائن القديم . لا يستثنى من ذلك إلا الدفع بالمقاصة إذا كان المدين قد قبل الحوالة دون تحفظ .

إنما لا يتصور – على العكس – أن يقع القبول فى وقت سابق على الحوالة (كأن يقرر المقترض فى سند القرض أنه يرضى مقدماً حوالة المقرض حقه إلى شخص آخر) لن الغرض من اشتراط القبول ليس مجرد إخطار المدين بوقوع الحوالة ، وإنما أيضاً إحاطته علماً بشخص الدائن الجديد، وهو ما يستلزم أن يكون شخص الدائن الجديد قد تحدد بها [٣] .

* * *

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٦/١/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٣٧ ص١٣٢ .

(٢) وانظر – تبعاً لذلك – انتقاد بعض الشراح الفرنسيين استخدام لفظة « القبول » فى هذا الموضع لعدم دقتها : جوجلار بند ١٢٦٠ .

(٣) انظر فى هذا المعنى أيضاً د . إسماعيل غانم بند ١٩٢ .

علم المدين الفعلي بصدور الحوالة ، لا يقوم مقام الإعلان أو القبول :

٣٢٦- إنما لا يغني عن الإعلان الرسمي أو القبول ، على التحديد السابق – العلم الفعلي من جانب المدين بصدور الحوالة ، حتى ولو استطاع ذو الشأن أن يقيم الدليل على هذا العلم . بل ولو أقر بهذا العلم المدين نفسه [١] . « ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً للعلم بتصرف المدين ، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق » [٢] . ولا تحتمل هذه القاعدة استثناء إلا في حالة الغش مع جانب هذا المدين : كأن يتواطأ – بعد علمه بصدور الحوالة – مع المحيل ، ويوفيه الدين إضراراً بالدائن الجديد . وغالباً ما يحصل المدين في هذا التواطؤ على منفعة من المحيل ، كأن ينزل له المحيل مثلاً عن جزء من الدين . في مثل هذه الحالة ، يقع هذا الوفاء باطلاً ، لأن القاعدة أن الغش يفسد كل ما بني عليه من تصرفات . ويجوز ، من ثم ، للدائن الجديد أن يتجاهل هذا الوفاء وأن يعلن الحوالة المدين فتصبح نفاذة في مواجهته ، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق المحال به ، ديتعين على المدين أن يفي به له . وإذا كان المدين – بهذا الشكل – سيفي بالدين مرتين ، فلا يصح أن يلومنّ في ذلك إلا نفسه ، وإن بقي له أن يرجع على شريكه في الغش (المحيل) بما سبق أن دفعه له . وعلى هذه الأحكام شبه إجماع الفقه في مصر [٣] .

(١) انظر في هذا المعنى أيضاً نقض مصري ١٩٧٦/١/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٣٧ ص١٣٢ .

(٢) د . السنهوري جـ٢ بند ٢٦٨ ، وانظر في نفس المعنى : استئناف باريس ١٩٦٩/١/٨ (د . ١٩٦٩-ملخص-٣٧) .

(٣) انظر مثلاً : د . السنهوري ، الإشارة السابقة ، د . سليمان مرقس ١٩٦١ ص٨٦٣ هامش ٣ ، د . أنور سلطان بند ٣٢٨ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٢٢٨ ، =

وفى فرنسا : يسلم الفقه أيضاً بأنه دون إعلان المدين بالحوالة أو قبوله الرسمى لها ، طبقاً للمادة ١٦٩٠ مدنى ، فإنها لا تنفذ فى مواجهته ، حتى ولو كان يعلم فعلاً بوجودها [١] . وفى العلاقة بين الدائن الأصلى (المحيل) والمدين ، يطبق القضاء الفرنسى هذا المبدأ بكل صرامته : فهو لا يقتصر فقط على تأكيد أن عدم اتخاذ أى من إجرائى نفاذ الحوالة لا يمكن أن يضير المدين ، الذى يستطيع – من ثم – أن يفى بالدين لدائنه الأصلى فيقع وفاؤه صحيحاً حتى ولو كان يعلم فعلاً بوجود الحوالة ، وإنما يؤكد أيضاً أن عدم اتخاذ أى من هذين الإجراءين يمنع المدين من التمسك بهذه الحوالة ، بمعنى أنه لا يستطيع أن يدفع رجوع دائنه الأصلى (المحيل) عليه بأن حقه قد أحيل إلى شخص آخر ، إذ من حق هذا الدائن (المحيل) ، فى نظر القضاء الفرنسى ، أن يحتج على المدين بعدم نفاذ الحوالة فى مواجهته [٢] . أما فى العلاقة بين المدين والدائن الجديد (المحال له) ، فإنه يطبق المبدأ السابق بشىء من المرونة : حيث يجيز – من ناحية – للدائن الجديد مطالبة المدين بالوفاء ، بالرغم من عدم اتخاذ أى من إجرائى نفاذ الحوالة فى مواجهته ، مادام أن هذا الوفاء ليس من شأنه الإضرار بالمدين ولا بأحد الأغيار[٣] . كما يبطل ، من ناحية أخرى ، الوفاء الذى يتم من جانب المدين لدائنه الأصلى

= د . الصده بند ٩٢ ، د . عبدالودود يحيى بند ١٢٢ وانظر عكس ذلك ، وكفاية العلم الفعلى ، ومن ثم عدم إبراء الوفاء من جانب المدين العالم فعلاً بوجود الحوالة : د . شفيق شحاته حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ١٩٥٤ ص٣٣ وما بعدها .

(١) انظر مثلاً : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٦٢ ، مارتى ورينو بند ٨١٥ .

(٢) انظر مثلاً : نقض فرنسى ١٩٣٨/٦/٢٠ (د . ١٩٣٩-١-٢٦ وتعليق فيل) . وراجع فيما يؤخذ على هذا الحل : ستارك بند ٢٣٣٢ ، جوجلار بند ١٢٦٢ .

(٣) انظر مثلاً : نقض فرنسى ١٩٣١/٣/٤ (د . ١٩٣٣-١-٧٣ وتعليق رادوان) ، نقض ١٩٦٩/٣/١٨ (د . ١٩٦٩-ملخص-١٢١) .

(المحيل) ولو كان هذا الوفاء سابقاً على نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين ، طالما تم بالتواطؤ بينهما لمنع الدائن الجديد (المحال له) من الإفادة من الحوالة ، وذلك تأسيساً على مبدأ أن الغش يفسد ما يبنى عليه من تصرفات [1] .

٢- نفاذ الحوالة فى مواجهة الغير :

٣٢٧- يقصد بالغير فى هذا الصدد ، من يتأثر حقه بنفاذ الحوالة [2] . وهم الأشخاص الذين لهم على ذات الحق المحال به ، حقاً يتعارض مع الحوالة ، كالمحال لهم بذات الحق المحال به ، ودائنى المحيل الذين أوقعوا الحجز على حقه فى مواجهة المدين (المحال عليه) تحت يد هذا الأخير ، ودائنو المحيل الذى أشهر إعساره إذا كانت حقوقهم ثابتة فى ذمته قبل شهر الإعسار . فجميع هؤلاء الأغيار ، لا تنفذ الحوالة فى مواجهتهم بدورهم إلا بإعلان المدين رسمياً بها أو بقبوله لها . غير أنه يتعين لنفاذها فى مواجهتهم بقبول المدين ، أن يكون تاريخ هذا القبول ثابتاً بوجه رسمى ، (م٣٠٥) . وذلك درءاً لإمكان تواطؤ محتمل بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه ، على تقديم تاريخ القبول ، وجعله سابقاً على حق هؤلاء

(١) أشار لذلك : جوجلار بند ١٢٦٢ .

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٢٥ (وإن كان يعتبر المدين نفسه من قبيل الغير ، حيث إن الحوالة لا تستلزم ، لانعقادها ، تدخلاً من جانبه) . وانظر فى تعبير أكثر عمومية – وإن كان أقل دقة فيما نعتقد : جوجلار بند ١٢٦١ حيث يرى أن المقصود بالغير هو كل من ليس طرفاً فى عقد الحوالة ولا خلفاً عاماً لأحد طرفى هذا العقد . فيما يرى – بالمقابلة – د . إسماعيل غانم (بند ١٩٣) أن المقصود بالغير هنا ليس الأجنبى عن عقد الحوالة ، إذ لا شأن لهذا الأجنبى بها مادام أنه لن يضار منها .

الأغيار إضراراً بهم[1] .

٣- إجراءات خاصة لنفاذ حوالة بعض الحقوق :

٣٢٨- قد يشترط المشرع ، لنفاذ الحوالة فى مواجهة طائفة معينة من الأغيار إجراءً تكميلياً يضاف إلى القبول أو الإعلان . ومثال ذلك ما تقضى به المادة ١١ من قانون الشهر العقارى فى خصوص حوالة أجرة العقار مقدماً لأكثر من ثلاث سنوات ، حيث تستوجب ضرورة تسجيل هذه الحوالة حتى تنفذ فى مواجهة الغير . لأن حوالة هذا القدر من الأجرة إنما تؤدى فى الواقع إلى إنقاص قيمه العقار ، بما يتعين معه أن تتصل بعلم من يريد التعامل بشأن هذا العقار .

وقد ييسر المشرع – على العكس – نفاذ الحوالة فى مواجهة الغير . ففى القانون التجارى ، تنفذ الحوالة فى السندات الإذنية بطريق التظهير . كما ينتقل الحق فى السندات لحامله بمجرد المناولة المادية للسند .

المبحث الثالث

آثار الحوالة

٣٢٩- يترتب على الحوالة من ناحية ، انتقال الحق المحال به إلى المحال له ، والتزام المحيل بالضمان – من ناحية أخرى – فى مواجهة المحال له إذا كانت الحوالة بعوض .

أولاً : الأثر الناقل للحوالة :

١- انتقال ذات الحق ، فور انعقاد الحوالة ، إلى المحال إليه :

٣٣٠- متى انعقدت الحوالة بتراضى طرفيها ، انتقل الحق الذى كان

---

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٢٩ .

للمحيل فى مواجهة المدين إلى الدائن الجديد (المحال إليه) . والذى ينتقل هو ذات الحق : بنفس طبيعته (مدنياً أو تجارياً) وبذات أوصافه (معلقاً على شرط أو مضافاً لأجل) ، وبنفس ضماناته شخصية كانت أم عينية [1]، وبنفس توابعه (كالفوائد) [2]، وما يحميه أو يؤكده من الدعاوى [3] (كدعوى الفسخ لعدم التنفيذ) : فإذا أحال الدائن بالثمن ، حقه فى مواجهة المدين (المشترى) إلى دائن آخر ، انتقلت مع هذا الحق دعوى الفسخ الذى تحميه ، فإذا لم يف المدين بحق الدائن المحال له « أى بالثمن » كان لهذا الأخير أن يطلب فسخ البيع ، ليعود المبيع إليه هو لا إلى البائع المحيل . كما ينتقل ذات الحق بما يلحقه من دفوع ، ومن ثم يكون للمدين إذا رجع عليه المحال له أن يتمسك فى مواجهته بجميع الدفوع التى كان يمكنه التمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه [4]،[5] (م٣١٢) ، وذلك استثناء الدفع بالمقاصة إذا كانت الحوالة قد نفذت فى مواجهته بقبولها دون تحفظ . ويتعين على الدائن المحيل ، وقد ترتب على الحوالة انتقال الحق للمحال له ، أن يسلم هذا الأخير مستندات الحق وكل ما هو ضرورى لإثباته .

(٢،١) وفى هذا المعنى تقضى المادة ٣٠٧ مدنى بأن : « تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط » .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص١٢٦١ . كذلك قضت محكمة النقض بأن انتقال الحق المحال به بالنسبة للمحال عليه إنما يكون بالحالة التى يكون عليها الحق وقت إعلانه بالحوالة أو قبولها ؛ انظر حكم ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة ٢٩-٢٤٧-١٢٦١ .

(٤) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص١٢٦١ .

(٥) هذا فضلاً عما للمدين أن يتمسك به ضد المحال له من الدفوع المستمدة من عقد الحوالة (م٣١٢) .

٣٣١- وانتقال الحق من المحيل إلى المحال له يتم فور انعقاد الحوالة دون نظر إلى نفاذها فى مواجهة المدين . ويتعين – من ثم – أن يتسق سلوك المحيل مع هذه الحقيقة . فيجب عليه إذا ما أوفاه المدين الذى لا يعلم بالحوالة ، أن يسلم هذا الوفاء للمحال له ، إذ لم يعد له حق فيه . كما يجب عليه أن يمتنع – فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة ونفاذها – عن أى تصرف يضر بالمحال له ، لما يؤدى إليه من إنقاص الحق المحال به أو انقضائه أو زواله ، وإلا كان مسئولاً بضمان ما صدر منه من أفعال شخصية فى مواجهة المحال له ، ولو كانت الحوالة تبرعاً (م ٣١١) .

٣٣٢- غير أن الحوالة قد لا تكون بكل ما للدائن من حق فى مواجهة مدينه ، وإنما بجزء منه فقط ، حين يستبقى الدائن لنفسه الجزء الآخر ، فيصبح – من ثم – للمدين دائنان : دائنه الأصلى (بما تبقى من الحق لم تشمله الحوالة) ، والدائن الجديد (بالجزء الذى تمت حوالته) . وفى مثل هذا الفرض لا تكون للدائن الأصلى أية أفضلية أو أولوية على المحال له فيما تبقى له من حق فى مواجهة مدينه ، وإنما يكون كل منهما على قدم المساواة مع الآخر ، بحيث إنه إذا لم تكف ذمة المدين المالية للوفاء بجزئى الحق معاً ، اقتسم الدائنان أموال المدين فيما بينهما قسمة غرماء كل بنسبه حقه [1] .

٢- تراخى انتقال الحق بالنسبة للمدين إلى وقت نفاذ الحوالة :

٣٣٣- إذا كانت فورية الأثر الناقل للحوالة أمراً مفهوماً بين طرفيها ، فإن المنطقى – على العكس – أن يتراخى هذا الأثر – بالنسبة للمدين ، إلى حين نفاذ الحوالة فى مواجهته . مادام المفروض فيه ، حتى ذلك الوقت أنه

(١) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١٢٧٢ ، ستارك بند ٢٣٣٧ .

لا علم له بها ، ولا بشخص دائنه الجديد . ومن ثم فحتى هذا النفاذ يتعين الحكم على تصرفه وفق هذه الحقيقة . فإذا أوفى لدائنه القديم كان وفاؤه صحيحاً مبرئاً لذمته . كما أن من حقه أن يدفع رجوع الدائن الجديد عليه ، بكل ما نشأ له من دفوع فى مواجهة المحيل حتى نفاذ الحوالة فى مواجهته (م٣١٢) ، ولو كان سبب هذه الدفوع لاحقاً على انعقاد الحوالة بين طرفيها (كدفع بالمقاصة لحق نشأ له فى مواجهة دائنه المحيل قبل نفاذ الحوالة ، ولو نشأ بعد انعقادها) . أما بعد نفاذ الحوالة فيتعين على المدين أن يفى بالدين للدائن الجديد، ولا يعد بإمكانه أن يدفع فى مواجهته بأى دفع ينشأ له فى علاقته بمن كان دائناً له قبل الحوالة .

٣٣٤- إنما رعاية للمصلحة المشروعة للدائن الجديد ، والفرض أن الحق المحال به ينتقل إليه فور الحوالة ، أجاز المشرع لهذا الدائن ، ولو قبل نفاذ الحوالة ، أن يتخذ من الإجراءات فى مواجهة المدين ما يقتضيه المحافظة على الحق الذى انتقل إليه (م٣٠٦) . كما أنه درءاً لتواطؤ محتمل بين الدائن القديم والمدين ، فى فترة ما قبل نفاذ الحوالة ، للإضرار بالمحال له ، سبق أن رأينا أنه لا ينفذ فى حق المحال له ، ما قام به المدين – قبل نفاذ الحوالة – من وفاء بالدين لدائنه القديم رغم علمه الفعلى بالحوالة . فالوفاء فى هذه الحالة كان عن غش ، والغش – كما يقال – يفسد كل شيء .

٣- لا يسرى الأثر الناقل للحوالة فى مواجهة الغير إلا من وقت نفاذ الحوالة فى مواجهتهم :

٣٣٥- سبق أن ذكرنا أن الغير فى هذا الخصوص هم من لهم على ذات الحق المحال به من الحقوق ما يتعارض مع الحوالة . ورعاية مصلحة

هؤلاء الأغيار تقتضى حتما عدم الاحتجاج عليهم بالأثر الناقل للحوالة إلا منذ نفاذ هذه الأخيرة فى مواجهتهم ، بإعلان المدين رسمياً بها أو بقبوله الثابت التاريخ لها . وفى ضوء هذا التحديد يسهل استنباط الحلول فى كل الفروض التى يتصور فيها التعارض بين حق أحد الأغيار وحق المحال لـه ، وذلـك على النحو التالى:

(أ) التنازع بين محال لهم متعددين :

٣٣٦- قد يحيل الدائن ذات حقه فى مواجهة المدين إلى عدة أشخاص على التعاقب . فنكون بصدد محال لهم متعددين ، يتنازع كل منم على الحق المحال به . وعندئذ تكون المفاضلة بينهم على أساس أسبقية نفاذ الحـوالات المتعددة (م٢١٣) . فمن كانت حوالته منهم قد نفذت فى مواجهة المدين قبل غيرها ، كان صاحبها مفضلاً عمن عداه ، وذلك دون نظر لتواريخ انعقـاد الحوالات . فتظل الحوالة الأسبق فى النفاذ مفضلة على غيرها ولو سـبقتها فى الانعقاد حوالات أخرى .

(ب) التنازع بين المحال له ودائنى المحيل الذى أشهر إعساره :

٣٣٧- إذا تعارض حق المحال له مع حقوق الدائنين الـذى أشـهروا إعسار المحيل ، فإن الفيصل هو مدى أسبقية كل من نفاذ الحوالة أو شـهر الإعسار . على أن يكون من المفهوم أن العبرة هنا هـى بتـاريخ تسـجيل صحيفة دعوى الإعسار وليس بتاريخ الحكم الصادر فيها . فإذا كانت الحوالة قد نفذت قبل تسجيل صحيفة الدعوى ، خلص الحق المحال به للمحال لـه . وأما فى الحالة العكسية فلا يحتج بالحوالة فى مواجهة هؤلاء الدائنين ، بحيث يظل الحق المحال به فى ضمانهم العام .

(جـ) التنازع بين المحال له والدائن الحاجز :

٣٣٨- لا يتصور هذا التنازع إذا كان الدائن قد أوقع الحجز على الحق المحال به بعد نفاذ الحوالة . إذ يكون الحجز نفسه قد وقع على ما ليس مملوكاً للمدين (المحيل) ومن ثم يكون باطلاً . أما على العكس إذا كان الدائن الحائز قد سبق إلى توقيع الحجز على الحق المحال به قبل نفاذ الحوالة ، فإن الحجز يكون صحيحاً بحسبان وقوعه على ما يزال مملوكاً للمحيل . ومن ثم لا يكون بإمكان المحال له أن يحتج فى مواجهة الدائن الحاجز بالحوالة اللاحقة على الحجز ، إذ يعتبر الحاجز غيرا بشأنها . لكن ، لما كان من المسلم به ، أن سبق توقيع الحجز على المال من جانب أحد الدائنين لا يحول دون توقيع حجوز لاحقة عليه من جانب دائنين آخرين ، وكان المحال له فى مركز الدائن بالمحال به فى مواجهة المحيل ، فقد عامل المشرع هذه الحوالة – فى مواجهة الحاجز – معاملة حجز آخر . (م٣١٤/١) ، بما يجعل من حق المحال له أن يقتسم الدين المحجوز مع الدائن الحاجز كل بنسبة حقه .

(د) الحوالة بين حجزين :

٣٣٩- وقد تقع الحوالة بين حجزين : حجز سابق على نفاذها وحجز لاحق على هذا النفاذ . فيتنازع على الحق المحال به كل من الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثانى .

وللوهلة الأولى ، من الممكن القول بأن الحاجز الثانى لا يحق له أن يُزاحم ، إلى جنب الحاجز الأول والمحال له ، فى التنازع على الحق المحال به ، فقد وقع حجزه لاحقاً على نفاذ الحوالة ، فورد بهذا الشكل على ما ليس مملوكاً للمحيل ، بما يجعل منه حجزاً باطلاً . غير أنه لا يصح أن

ننسى أنه لولا الحوالة التى توسطت بين الحجزين لما كان هناك من أفضلية للحاجز الأول على الحاجز الثانى . كما أن سبق الحجز الأول علـى نفـاذ الحوالة سوف يؤدى إلى مزاحمة الحاجز الأول للمحال له ، بما قد يؤدى فى النهاية إلى عدم حصول المحال له إلا على نسبة من المحـال بـه . وبهـذا الشكل يكون توسط الحوالة بـين الحجـزين ، قـد فضـل الحـاجز الأول على الثانى دون مبرر ، ولم يضمن للمحال له حصوله علـى كامـل حقـه المحال به .

لذلك فقد قدم المشرع لهذه المشكلة حلاً معقولاً ، يوفق إلى حد كبيـر بين جميع المصالح المتعارضة ، حين قضى بأن « الدين يقسم بين الحـاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتـأخر قسـمة الغرمـاء . علـى أن يؤخـذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحـال لـه قيمـة الحوالـة » . (م٣١٤/٢) مثال : إذا كان للمحيل ٦٠٠ جنيه ، حول منها ٣٠٠ جنيـه . وقبل نفاذ الحوالة أوقع دائن للمحيل حجزاً على ما لهذا الأخير ، استيفاء لدين قدره ٥٠٠ جنيه ، وبعد نفاذ الحوالة أوقع دائن آخر للمحيل حجزاً اسـتيفاء لدين قدره ٤٠٠ جنيه . عندئذ يقسم مبلغ الـ٦٠٠ جنيه بين الثلاثة : الحاجز الأول ، والمحال له والحاجز الثانى ، قسمة غرماء بنسبة حق كل منهم ، أى بنسبة ٥ : ٣ : ٤ . فيكون نصيب الحاجز الأول ٢٥٠ جنيه ، ويكون نصيب المحال له ١٥٠ جنيه ، ويكون نصيب الحاجز الثانى ٢٠٠ جنيه . ثم يؤخـذ من نصيب الحاجز الثانى ما يستكمل به المحال له قيمة حوالته (وهى ٣٠٠ جنيه) فيكون التوزيع النهائى ٢٥٠ جنيه للحاجز الأول ، ٣٠٠ جنيه للمحال له ، ٥٠ جنيه للحاجز الثانى . بهذا الشكل ، يكون المحال له قد حصل على كامل حقه ، ويكون الحاجز الثانى قد حصل على قدر معقول من الحق رغم تأخر حجزه على الحوالة ، ولا يكون للحاجز الأول أن يتذمر مـن شـىء ،

فلا أفضلية له على الحاجز الثانى والحوالة اللاحقة على حجزه تعتبر هى الأخرى بمثابة حجز آخر فيكون لكل من المحال له والحاجز الثانى مزاحمته فى التوزيع .

ثانياً : التزام المحيل بالضمان :

٣٤٠- سبق أن أشرنا إلى أن المحيل يلتزم دائماً بضمان أفعاله الشخصية حتى ولو كانت الحوالة تبرعاً ، بل حتى ولو كان قد اشترط على المحال له عدم الضمان (١) . (م٣١١) .

فإذا أتى المحيل بما يستوجب هذا الضمان ، كان للمحال له أن يرجع عليه وفقاً للقواعد العامة بالتعويض ، الذى يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب .

أما فيما عدا الأفعال الشخصية فإن الضمان يقتصر على الحوالة بعوض دون الحوالة المجانية . وأساس ذلك أن المحيل فى النوع الثانى من الحوالة لا يعدو أن يكون متبرعاً ، فلا يسوغ إلزامه بضمان تبرعه . وعلى ذلك فلا يجوز للمحال له - وقد تلقى الحوالة دون مقابل - أن يرجع على المحيل بالضمان حتى لعدم وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م٣٠٨/٢) . أما إذا كانت الحوالة بمقابل ، كان من الضرورى إلزام المحيل بالضمان .

٣٤١- وقد وضع المشرع لضمان المحيل حدودا ، ترك للطرفين حرية تعديلها بتخفيض الضمان أو بتشديده ، وإن كان المبلغ الذى يمكن

(١) فى هذا المعنى : جوجلار بند ١٢٧٥ ، مارتى ورينو بند ٨١٤ ، وانظر أيضاً: استئناف إميان ١٨/١٠/١٩٥٦ (د ب ١٩٥٦-٢-٣٥٣) .

للمحال له أن يرجع به على المحيل لن يتجاوز فى كل الأحوال قدراً محدداً ، وذلك على التفصيل التالى :

(أ) الضمان القانونى :

٣٤٢- لا يضمن المحيل للمحال له – عند عدم الاتفاق – إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م٣٠٨) . وهو أمر مفهوم ، فالمحيل بعوض يعتبر – فى الواقع – فى مركز البائع ، فإذا كان الحق الذى يحيله قد نشأ على نحو صحيح ولا يزال موجوداً وقت الحوالة ، فلا يمكن بعد ذلك أن يضمن ما يطرأ على هذا الحق مما يؤدى إلى سقوطه بسبب لا يرجع إليه هو . إنما يمتد هذا الضمان ليشمل توابع الحق . فيضمن المحيل وجودها بدورها وقت الحوالة . وعند هذا الحد يتوقف ضمان المحيل ، وهو أمر عادل . ولا يتصور – عند عدم وجود اتفاق مخالف – أن نلزم المحيل بأن يضمن للمحال له يسار المدين (م٣٠٩) ، وهو أمر كان الدائن لا يضمنه أساساً لنفسه .

(ب) الضمان الاتفاقى :

٣٤٣- للطرفين أن يخرجا على أحكام الضمان القانونى ، إما بتخفيفه ، فيعفى المحال له المحيل من ضمان توابع الحق مثلاً ، أو حتى من ضمان وجود الحق نفسه (وهو أمر متصور فى الحوالات التى تنطوى على معنى المضاربة ، وهى الحوالات بحقوق متنازع فيها) ، وإما بتشديده ، حين يتعهد المحيل بأن يضمن للمحال له يسار المدين ، وعندئذ يتعين تفسير مثل هذا الاتفاق على أنه يقتصر على ضمان يسار المدين وقت الحوالة ، ولا يمكن مده إلى ضمان يسار المدين وقت حلول أجل الدين إلا إذا اتفق على ذلك صراحة (م ٢/٣٠٩) .

حدود ما يرجع به المحال له عند تحقق الضمان :

٣٤٤- إذا تعين ضمان المحيل (سواء كان الطرفان قد تركا حدود هذا الضمان لأحكام القانون ، أو نظماه تنظيماً مخالفاً) فإن أقصى ما يلتزم به - وفقاً للمادة ٣١٠ - هو أن يرد للمحال له ما تقاضاه منه من مقابل للحوالة ، مضافاً إليه الفوائد والمصاريف . ولا يجوز - والنص متعلق بالنظام العام - إلزام المحيل بأن يدفع للمحال له قيمة الحق المحال به إن كانت أكثر من ذلك . ويجد هذا التحديد حكمته ، في أنه لولاه لسهل على المرابين أن يستغلوا حاجة أصحاب الحقوق المتنازع فيها إلى المال ، فيقرضوهم مبالغ أقل منها ، في مقابل حوالة هذه الحقوق لهم ، وهم في مأمن : إن لم يحصلوا عليها من المحال عليهم فسيكون لهم الرجوع بها كاملة على المحيلين . فيكون الفرق في الحقيقة ليس إلا فوائد ربوية .

الفصل الثانى

حوالة الدين [1]

Cession de dette

تعريف ، وتقسيم :

٣٤٥- حوالة الدين هى اتفاق الدائن أو المدين ، مع شخص آخر ، على الحلول محل المدين فى ذات الدين . ومن هذا التعريف يتضح أن حوالة الدين تنعقد بطريقتين مختلفتين : إما باتفاق المدين الجديد مع الدائن (م٣٢١) ، أو باتفاقه مع المدين القديم (م٣١٥) . وينعكس الاختلاف فى طريقتى الانعقاد على أحكام الحوالة وما ترتبه من آثار . ومن ثم نوزع الدراسة فى هذا الفصل على مبحثين حسب طريقة انعقاد الحوالة ، بادئين بحوالة الدين بالاتفاق مع المدين الأصلى بحسبانها - فى ذهن المشرع - الطريقة الطبيعية لحوالة الدين .

المبحث الأول

حوالة الدين باتفاق المدين الأصلى والمدين الجديد

شروط انعقادها :

٣٤٦- تنعقد حوالة الدين - فى هذه الصورة - باتفاق المدين القديم مع المحال عليه ، على أن يتحمل ذات الدين بدلاً منه . وهو ما يفترض

---

(١) راجع ، فى هذا الموضوع ، بوجه خاص : د . عبدالودود يحيى ، حوالة الدين، دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والمصرى ، رسالة القاهرة ١٩٥٧ طبعة ١٩٦٠ ، محمد عباس السامرائى : انتقال الالتزام بين الأحياء فى الفقه الإسلامى والقانون المقارن ، رسالة جامعة الأزهر (كلية الشريعة والقانون) ١٩٧٦ .

ضرورة اتجاه إرادة المتعاقدين – بالحوالة – إلى إبراء المدين القديم من الدين . ولما كانت حوالة الدين عقداً ، وجب أن تكون مستوفية لجميع أركان العقد وشروط صحته . حين لا يعتبر رضاء الدائن بهذه الحوالة ركنا لانعقادها ، وإن كان هذا الرضاء – على ما سنرى – لازماً حتما لنفاذ الحوالة فى مواجهته .

آثار حوالة الدين :

٣٤٧- ترتب حوالة الدين ، فى الفترة ما قبل تحديد الدائن موقفه منها، آثاراً تختلف عنها فى الفترة ما بعد هذا التحديد ، وذلك على التفصيل التالى:

أولاً : **آثار الحوالة فى الفترة ما قبل تحديد الدائن موقفه منها :**

٣٤٨- بدهى أنه يظل من حق الدائن ، فى هذه الفترة أن يعتبر شخص مدينه الأصلى كما هو ، لم يطرأ عليه أى تغيير رغم الحوالة ، وأن يرجع – بالتالى – على هذا المدين عند حلول أجل الدين .

أما فى العلاقة بين المدين الأصلى والمدين الجديد ، فقد انعقدت الحوالة بالفعل بمجرد تراضيهما المتبادل . وتتحدد آثارها فى مواجهتهما وفق ما اتفقا عليه فى العقد . بل ويظل من حقهما خلال هذه الفترة التعديل فى هذا الاتفاق أو حتى أن يلغياه كلية .

٣٤٩- ومن حيث الأصل ، يترتب على انعقاد الحوالة بين طرفيها فى هذه الفترة التزام المحال عليه قبل المدين الأصلى « بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب » (م٣١٧) . أو بتعبير آخر ، وقت حلول الدين . فهو لا يكون ملتزماً بأن يبرئ ذمة مدينه فى مواجهة دائنه « فور الوقت » أى فور انعقاد الحوالة .

وبدهى ، أنه – تطبيقاً لفكرة الدفع بعدم التنفيذ « لا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، مادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » (٢/٣١٧) .

فإذا كانت الحوالة بين طرفيها تنفيذاً من جانب المحال عليه لالتزام كان عليه فى مواجهة المدين الأصلى ، انقضى هذا الالتزام ؛ إذ تؤدى الحوالة فور انعقادها ، دور الوفاء ، بحيث إذا رجع الدائن على مدينه الأصلى فأوفاه هذا الأخير رغم الحوالة ، لم يكن للمدين الأصلى – فى رجوعه على المحال عليه – إلا أن يرجع بدعوى الإثراء دون الدعوى التى كانت تحمى علاقته القانونية بالمحال عليه قبل الحوالة ، فالفرض أن هذه الأخيرة قد قضت على هذه العلاقة . ومثال ذلك أن يبيع المدين شيئاً إلى مشترٍ ، وبدلاً من أن يتقاضى منه الثمن ، يتفق معه على أن يحل محله فى دين هذا البائع فى مواجهة دائن له . عندئذ إذا رجع الدائن على البائع وأوفاه بالدين رغم الحوالة ، لم يكن من حق هذا الأخير أن يرجع على المحال عليه (المشترى) بدعوى البائع ، وإنما بدعوى الإثراء .

٣٥٠– ولما كانت الحوالة قبل تحديد الدائن موقفه منها ، ملكاً لطرفيها، كان لهما أن يتفقا على آثار تخالف ما ورد عليه نص المادة ١/٣١٧ . فقد يتفقا على إلزام المحال عليه بالحصول على رضاء الدائن بالحوالة ، وقد يعلقا آثار الحوالة بينهما على إقرار الدائن لها .

ثانياً : آثار الحوالة فيما بعد تحديد الدائن موقفه منها :

٣٥١– يتحدد موقف الدائن من الحوالة ، إما بإقراره لها أو برفضه إياها :

(أ) فى حالة الإقرار :

* ضرورة الإقرار وشروطه :

٣٥٢- إذا كانت الحوالة تنعقد باتفاق طرفيها ، على التحديد السابق إلا أنها بداهة لا يمكن أن تنفذ فى مواجهة الدائن إلا بإقراره لها (م٣١٦) [1] . وفى هذا تختلف حوالة الدين عن حوالة الحق . وأساس هذا الفارق غنى عن البيان مادام أن تغيير المدين على دائنه من الخطورة ، لما بين المدينين من تفاوت فى اليسار وفى حسن القضاء والمطل [2] . حين أنه قد لا يكون بذى شأن للمدين فى حوالة الحق أن يفى بدينه لهذا الدائن أو ذاك . وبدهى أن يكون للدائن حرية قبول الحوالة أو رفضها . وقد حذف من المشروع التمهيدى – ولاعتبارات عملية – نص كان بموجبه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء وإلا كان متعسفاً فى استعمال حقه .

٣٥٣- والإقرار تصرف قانونى من جانب الدائن يفيد موافقته على الحوالة وقبول نفاذ آثارها فى حقه . ولا يستلزم فيه القانون شكلاً معيناً . فقد يكون صريحاً أو ضمنياً . وهو حق للدائن بمجرد علمه بالحوالة من أى طريق ، ولو لم يكن قد أعلن بها ، حيث لا يستلزم القانون هذا الإعلان . وهو يوجه إلى أى من طرفى الحوالة ، بصرف النظر عن

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٧٨/١/٢ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٩ ص٦١ ؛ نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة ٢٩-٢٠٤-١٠٣١ .

(٢) وتعبيراً عن هذا المعنى يقول جوجلار (بند ١٢٧٧) :

«La créance vaut ce que vaut le dépiteur

وانظر – بوجه عام – فى خطورة حوالة الدين : تعليق لاروميه (د . ١٩٧٣-١-١٦) سابق الإشارة إليه .

شخص من أعلن الدائن بها .

غير أنه يتعين أن يقر الدائن الحوالة جملة أو يرفضها . أما الإقــرار المشروط ، أو الذى يتضمن تعديلاً فى شروط الحوالة وفق ما أعلنت به إلى الدائن ، فإنه يعتبر رفضاً لها .

ولما كانت للدائن حرية القبول فى أى وقت ، وكانت مصلحة طرفــى الحوالة قد تقتضى – على العكس – التعجيل بتحديد الدائن موقفه منها فــى بعض الفروض ، فقد أجاز المشرع لأى من طرفى الحوالة أن يعلن الــدائن بها وأن يعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة . فإذا « انقضى الأجــل دون أن يصدر الإقرار اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » م٣١٦-٢ (ومع ذلــك راجع الاستثناء المقرر بالمادة ٣٢٢-٢ لحالة بيع العقار المرهون حين يتفق البائع مع المشترى على حوالة الدين المضمون بالرهن . فإذا أعلــن الــدائن رسمياً بهذه الحوالة وجب عليه أن يقرها أو يرفضها فى ميعــاد لا يتجــاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبــت بــرأى اعتبــر ســكوته إقراراً) .

*** آثار الإقرار :**

٣٥٤- إذا أقر الدائن الحوالة ، ترتبت على إقراره عدة آثــار ، فــى علاقته بكل من المدين الأصلى والمدين الجديد . كما يؤثر أيضاً فى العلاقــة بين المدين القديم والجديد ، وذلك على التفصيل التالى :

١- أثر الإقرار فى العلاقة بين الدائن والمدين القديم :

٣٥٥- يتلخص هذا الأثر فى : براءة ذمة المدين الأصلى من ناحية ، والتزامه بضمان يسار المحال عليه من ناحية أخرى ، وبقاء التأمينات التــى

كان قد قدمها كضمان للدين .

* **براءة ذمة المدين :**

٣٥٦- إن أبرز الآثار التى تترتب على إقرار الدائن للحوالة هو براءة ذمة المدين الأصلى من الدين ، حيث يحل المدين الجديد فى هذا الدين محل المدين الأصلى .

هذه البراءة تتم بقوة القانون دون حاجة إلى أن يصرح الدائن فى إقراره بأنه قصد بقبوله الحوالة أن يتخلى عن مدينه الأصلى . كما أنها ترجع إلى التاريخ الذى انعقدت فيه الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد ، لا إلى وقت إقرار الدائن للحوالة . فمنذ هذا التاريخ يعتبر المدين الجديد هو الملتزم بالدين وحده فى مواجهة الدائن .

* **ضمان اليسار :**

٣٥٧- وكان مؤدى براءة ذمة المدين الأصلي من الدين بإقرار الدائن للحوالة وبأثر رجعى منذ تاريخ انعقاد هذه الحوالة بين المدين القديم والجديد، على ما قدمناه ، ألا يضمن المدين الأصلى للدائن يسار المحال عليه ، لا وقت الحوالة ولا وقت الإقرار ولا وقت الوفاء ، خاصة وأن الدائن كان حراً فى قبوله الحوالة أو رفضها ، وكان له كما يشاء – أن يقدر مدى يسار المحال عليه ، ليقرر بعد ذلك ما إذا كان قبول الحوالة مناسباً أم لا .

غير أنه يبدو أن المشرع كان لا يزال متأثرا بما كان يتضمنه المشروع التمهيدى من إجبار الدائن على إقرار الحوالة متى كان حقه بعدها مكفول الوفاء . فقد كانت ضرورة حماية الدائن المجبر على قبول الحوالة ، تبرر إلزام المدين الأصلى بضمان يسار من اختاره ليحل محله فى الوفاء

للدائن . أما وقد حذف هذا الإجبار ، وأصبح الدائن حراً فى قبول الحوالة أو رفضها ، فإن إلزام المدين الأصلى بضمان يسار المحال عليه ، إنما يتعارض مع الأثر المبرئ للحوالة ، متى قبلها الدائن . ورغم ذلك فقد قضت المادة ٣١٩ بأنه « يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وبهذا الشكل يمكن القول ، بأن المشرع – بهذا النص – قد عطل الأثر المبرئ للحوالة ، أو جعله موقوفاً على يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن . ذلك أنه إذا ثبت أن المحال عليه لم يكن موسراً وقت الإقرار ، كان للدائن ، رغم قبوله الحوالة ، أن يرجع على المدين الأصلى .

*** بقاء التأمينات :**

٣٥٨– تقضى المادة ٣١٨-١ بأنه « تبقى للدين المحال به ضماناته » . وهذا النص ليس إلا إعمالاً لجوهر حوالة الدين بحسبانها اتفاقاً يتغير بموجبه شخص المدين ، ليحل محله مدين جديد فى ذات الدين بكل ضماناته .

ومتى كان ذلك ، فإن الرهن المقدم من المدين الأصلى كضمان للدين إنما يبقى بعد إقرار الدائن للحوالة . ليصبح المدين الذى برئت ذمته بموجب هذا الإقرار فى مركز الكفيل العينى للدين الذى انتقل إلى المحال عليه .

أما الكفلاء (شخصية كانت الكفالة أو عينية) الذين ضمنوا شخص المدين الأصلى ، فإنهم لا يلتزمون – بداهة – إذا أقر الدائن الحوالة – فحل بهذا الشكل مدين جديد محل من ضمنوه – بكفالة هذا المدين الجديد ، اللهم إلا إذا قبلوا ذلك . وقد حرص المشرع على إبراز هذا المعنى صراحة كاستثناء على فكرة بقاء ضمانات الدين المحال ، حيث نصت الفقرة الثانية

من نفس نص المادة ٣١٨ على أنه « ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ، ملتزماً قِبَل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة » .

٢- أثر الإقرار فى العلاقة بين الدائن والمدين الجديد :

٣٥٩- يترتب على إقرار الدائن للحوالة أن يحل المدين الجديد محل المدين القديم فى الدين ، ويتحمله بدلاً منه ، ليس من وقت الإقرار وإنما من وقت إبرام الحوالة ، فتلك هى التكملة المنطقية لبراءة ذمة المدين الأصلى بإقرار الدائن للحوالة .

ويحل المدين الجديد فى الدين بالحالة التى كان عليها وقت الحوالة بنفس طبيعته وأوصافه وتوابعه . وقد سبق أن ذكرنا أن الحوالة لا تؤثر من حيث الأصل – على الضمانات التى كانت تضمن الدين الأصلى . وبناء عليه، فإذا كان الضمان الذى يضمن الدين فى أصله هو رهن قدمه نفس المحال عليه قبل الحوالة ، فإن قبوله تحمل الدين بدلاً من المدين بناء على الحوالة ، يفيد بالضرورة رضاءه ببقاء ما سبق أن قدمه من تأمين وذلك دون حاجة إلى إصدار رضاء جديد بذلك . فقد قبل منذ البداية أن يضمن بهذا الرهن دين غيره ، فأولى به أن يضمن بذات الرهن دين نفسه .

٣٦٠- أما أهم ما يترتب على إقرار الدائن للحوالة فهو أحقية المدين الجديد فى التمسك بالعديد من الدفوع فى مواجهة الدائن . ويمكن تقسيم هذه الدفوع إلى ثلاث مجموعات على النحو التالى :

*** دفوع المدين الأصلى :**

٣٦١- يستطيع المدين الجديد – أولاً – أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفوع التى تولدت عن العلاقة القانونية بين الدائن والمدين

الأصلى (م٣٢٠) منذ نشأة هذه العلاقة وحتى وقت انعقاد الحوالة ، والتى كان المدين الأصلى سيتمسك بها لو لم تتم الحوالة ، مادامت هذه الدفوع متعلقة بالدين المحال به ، لا بشخص هذا المدين [1] . فله ، أن يدفع فى مواجهته بكل ما كان ليبرّر للمدين الأصلى رفض الوفاء بالدين : (كانقضاء هذا الدين بالتقادم، أو استحالة تنفيذه لسبب أجنبى ، أو بعدم تنفيذ الدائن نفسه لما هو ملتزم به نحو المدين الأصلى) . إنما لا يستطيع المحال عليه – بداهة – أن يدفع مطالبة الدائن بانقضاء حق هذا الأخير بالمقاصة بينه وبين دين نشأ على عاتق هذا الدائن لمدينه الأصلى ، لعدم إمكان وقوع هذه المقاصة بانتفاء التقابل بين الدينين ، مادام أن حوالة الدين سوف يترتب عليها براءة ذمة المدين الأصلى . هذا فضلاً عن أن القول بالعكس سوف يجعل المحال عليه يبرأ من التزامه فى مواجهة الدائن على حساب المدين الأصلى . ذلك أن ذمة هذا الأخير لم تبرأ فى مواجهة الدائن إلا بمقابل الحوالة ، فليس من العدل إذن أن نسقط ما نشأ له بعد ذلك من حق فى مواجهة الدائن الأصلى . إنما يمكن للمحال عليه – بداهة – أن يدفع مطالبة الدائن بمقاصة تقع بين حق الدائن ودين نشأ على عاتق هذا الأخير للمحال عليه نفسه .

كذلك لا يستطيع المحال عليه ، أن يتمسك فى مواجهة الدائن بنقص أهلية المدين الأصلى ، ولا بالعيوب التى شابت رضاءه فى علاقته القانونية بالدائن ، متى كان المدين وقت إبرام الحوالة مع المحال عليه قد اكتملت أهليته ، أو أصبح على بينة بما كان يشوب رضاءه من عيب . ذلك لأن إقدامه على إبرام الحوالة ، رغم علمه بأن من حقه إبطال العلاقة التى ولدت الدين بينه وبين الدائن ، يتضمن معنى النزول الضمنى

(١) انظر فى هذا المعنى د . عبدالمنعم البدراوى بند ٢٩٧ .

من جانبه عن حقه في الإبطال .

*** الدفوع المستمدة من عقد الحوالة :**

٣٦٢- كذلك يستطيع المحال عليه ، أن يدفع في مواجهة الدائن بالدفوع المستمد من نفس عقد الحوالة (م ٣٢٠) [(١)] .

فإذا كان هذا العقد - على سبيل المثال - قابلاً للإبطال لمصلحة المحال عليه ، ثم تمسك هذا الأخير في مواجهة المدين الأصلي بالإبطال وأُبطل العقد ، كان للمحال عليه أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بأن عقد الحوالة قد تقرر إبطاله .

ويبدو من عمومية نص المادة ٣٢٠ التي تقضي بأحقية المحال عليه في « التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » ، أن المدين الجديد يستطيع - حتى ولو لم يكن قد طلب تقرير البطلان المقرر لمصلحته في علاقته بالمدين الأصلي - أن يدفع في مواجهة الدائن بما يشوب العقد من عيوب ، حتى ولو كان الدائن لم يتصل بهذه العيوب [(٢)]، حين يرى البعض من الشراح - على العكس - أن مؤدى اعتبار الدائن - بإقراره - قد اشترك في الحوالة التي تمت بين المدين الأصلي والمدين الجديد ، ضرورة أن يكون الدائن قد اتصل بما يشوب العقد من عيب وإلا وجب على المدين الجديد أن

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٧٢ ص ٨٧١ .

(٢) وهذا هو ما يفهم أيضاً من تعبيرات الفقه ، العامة ، في هذا الشأن : انظر مثلاً : د . السنهوري جـ٣ بند ٣٣٦ ، د . سليمان مرقس بند ٨١٢ ، د . أنور سلطان بند ٣٥١ ، د . إسماعيل غانم بند ٢٠٨ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٢٤٥ ، د . عبدالمنعم فرج الصده بند ١٢٩ ، د . شمس الدين الوكيل ص ٢٧٧ ، د . محمود جمال الدين زكي بند ٥٤٤ ، د . جميل الشرقاوي بند ٨٢ .

بطلب تقرير البطلان أولاً فى مواجهة المدين الأصلى ثم يدفع بالحكم الصادر به فى مواجهة الدائن [1] .

ويبقى أن ننوه فى هذا الصدد إلى أنه إذا كان عقد الحوالة باطلاً بطلاناً مطلقاً بين طرفيه فإن الدائن لا يمكنه – ابتداء – أن يقر هذه الحوالة إقـراراً يجعلها نافذة فى حق المحال عليه .

*** الدفوع المستمدة من العلاقة السابقة التى كانـت تـربط المـدين الأصلى بالمدين الجديد :**

٣٦٣- الأصل أن المدين الجديد ، لا يمكنه أن يتمسك – فى مواجهة الدائن – بالدفوع التي تستمد من علاقة سابقة كانت تربط بينه وبين المـدين القديم قبل الحوالة ، إذ لا شأن للدائن بهذه العلاقة السابقة التى يظل – حتـى مع إقراراه للحوالة – أجنبياً عنها .

إنما إذا كانت هذه العلاقة السابقة هى سبب إبرام الحوالة بين المـدين القديم والمدين الجديد ، وكان الدائن يعلم بذلك ، جاز للمدين الجديد أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما ينشأ عن هذه العلاقة من دفوع . ومثال ذلك ، أن يبيع المدين شيئاً لمشترٍ ، وبدلاً من أن يتقاضى منه الثمن يحيل عليه دينـه فـى مواجهة الدائن . عندئذ يكون عقد البيع هو سبب حوالة الدين . فـإذا كـان الدائن يعلم بذلك ثم فسخ هذا البيع لإخلال البائع بالتزامه ، كان للمحال عليه (المشترى) أن يتمسك بهذا الفسخ فى مواجهة الدائن إذا رجع عليه ؛ إذ من شأن هذا الفسخ إهدار سبب التزام المحال عليه بالوفاء بالدين للدائن .

---

(١) انظر فى هذا المعنى : د . عبدالودود يحيى بند ١٤٢ .

٣- أثر الإقرار فى العلاقة بين المدين الأصلى والمدين الجديد :

٣٦٤- ملخص ما يترتب على إقرار الدائن فى العلاقة بين طرفى الحوالة ، هو براءة ذمة المدين الأصلى ، وتحمل المحال عليه بالدين بدلاً منه ، وذلك من وقت إبرام الحوالة . كما أنه – منذ الإقرار – لا يعد بإمكان طرفى الحوالة – وقد تعلق بها حق الدائن – أن يعدلاً عنها . إنما يجوز للمحال عليه ، إذا كان عقد الحوالة باطلاً أو قابلاً للإبطال أن يطلب تقرير ذلك فى مواجهة المدين الأصلى . وقد سبق أن بينا أثر كل من بطلان هذه العلاقة أو إبطالها على حق الدائن .

(ب) فى حالة رفض الحوالة :

٣٦٥- بعد حذف ما كان قد ورد النص عليه فى المشروع التمهيدى من عدم جواز رفض الدائن للحوالة ، متى كان حقه بعدها مكفول الوفاء ، أصبح من حق الدائن أن يرفض الحوالة دون قيد ولا شرط .

٣٦٦- ولا يعدو الرفض – كالإقرار – أن يكون بدوره تصرفاً قانونياً تتجه به إرادة الدائن إلى عدم قبول آثار الحوالة . وهو يرتب أثراً نهائياً ، فلا يجوز بعده للدائن أن يعود إلى إقرار الحوالة من جديد .

ولا يشترط القانون شكلاً معيناً لهذا الرفض ، الذى يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً ، وقد يستفاد من سكوت الدائن حتى فوات المدة التى حددها له طرفا الحوالة ليعلن خلالها رأيه فيها . كما قد يكون الرفض حكمياً إذا صدر إقرار الدائن للحوالة مشروطاً أو مصحوباً بتعديل فى شروطها على ما سبق أن بيناه .

٣٦٧- ويترتب على الرفض فى علاقة المدين الأصلى بدائنه ، أن

تعتبر الحوالة كأن لم تكن فى مواجهة الأخير الذى لا يمكنه – لذات السبب – أن يرجع على المحال عليه . حين أنه – بالمقابلة – لا أثر لهذا الرفض على عقد الحوالة الذى تم بين المدين الأصلى والمدين الجديد . فيبقى هذا الأخير – رغم الرفض – ملتزماً فى مواجهة المدين الأصلى بأن يفى للدائن فى الوقت المناسب .

المبحث الثانى

حوالة الدين باتفاق الدائن مع المدين الجديد

شروط انعقاد الحوالة :

٣٦٨- يمكن – بموجب المادة ٣٢١ مدنى – أن تنعقد حوالة الدين بالاتفاق مباشرة بين الدائن والمدين الجديد الذى يقبل أن يتحمّل الدين عن المدين القديم ،وذلك دون حاجة إلى مشاركة المدين القديم فيها . بل إنها يمكن أن تتم رغم إرادته [١]، حيث إنها فى الواقع تتمحض لمنفعته وذلك لما تؤدى إليه من براءة ذمته من الدين ، وحيث يجيز القانون – من ناحية أخرى – الوفاء بالدين من جانب الغير رغم معارضة المدين . كل ما فى الأمر ، أنه يلزم أن تكون نية الطرفين قد اتجهت إلى إبراء ذمة المدين القديم بحيث يكون الدائن قد قصد التخلى عن مدينه القديم ، ويكون المدين الجديد قد قصد إخلاء ذمة هذا الأخير [٢] .

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص١٠٣١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بجواز أن تنعقد هذه الحوالة باتفاق ضمنى بين الدائن والمحال عليه . وأكدت أن استخلاص قيام هذا الاتفاق هو من سلطة محكمة الموضوع ، انظر حكم ١٩٧٦/٥/٣١ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٣٧ ص١٢٤٠ .

آثار هذه الحوالة :

٣٦٩- يترتب على حوالة الدين – بهذه الصورة – براءة ذمة المدين الأصلى من وقت إبرام الحوالة ، براءة نهائية بحيث لا يملك طرفا الحوالة إعادة دين المدين إلى الحياة مرة أخرى ولو ألغيا الحوالة أو رجعا فيها .

وكان مقتضى ذلك ، أن يزول الرهن الذى يكون المدين الأصلى قد قدمه ضماناً للدين ببراءة ذمة هذا المدين بموجب الحوالة . ومع ذلك فإن عمومية نص المادة ٣١٨ التى تقضى ببقاء التأمينات التى كانت تضمن الدين تؤدى إلى القول ببقاء المدين الأصلى هنا كفيلاً عينياً للمدين الجديد ، فيضمن الدين بهذا الشكل رغم إرادته .

٣٧٠- أما فى العلاقة بين الدائن ومدينه الجديد ، فإن هذا الأخير يصبح مسئولاً عن الدين فى مواجهة الأول منذ إبرام الحوالة . ويعتبر قبول المدين الجديد لهذه الحوالة ، موافقة ضمنية على بقاء التأمينات التى يكون قد قدمها لضمان الدين قبل الحوالة . كما يكون من حق المدين الجديد أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفوع التى كان يمكن للمدين الأصلى أن يتمسك بها ، بما فى ذلك الدفوع التى تستند إلى نقص أهلية المدين الأصلى أو عيوب رضائه . كما أن له – بداهة – أن يتمسك بالعيوب التى تشوب عقد الحوالة فى علاقته بالدائن . أما الدفوع التى تستند إلى العلاقة السابقة التى كانت تربط المدين الأصلى بالمدين الجديد فإن هذا الأخير لا يمكنه أن يحتج بها فى مواجهة الدائن ، الذى يظل رغم الحوالة أجنبياً عنها .

٣٧١- ويبقى فى النهاية أن نشير إلى أن المدين الأصلى فى هذه الصورة من صور الحوالة ، لا يلتزم بضمان يسار المحال عليه . فهو لم يختره وإنما اختاره الدائن ، الذى يتعين أن يتحمل مخاطر اختياره .

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

تمهيد :

أسباب انقضاء الالتزام :

٣٧٢- لعل من أهم ما يتميز به الالتزام (أو الحق الشخصي) ، أن الرابطة القانونية التي ينشأ عنها مصيرها الحتمي إلى الزوال ، إذ لا يعقل أن يظل كاهل المدين مثقلاً بعبء الالتزام إلى ما لا نهاية ، وإلا كان في ذلك مصادرة لحريته الشخصية بما يجعل من الالتزام نفسه أمراً غير مشروع . لذلك كان من المفهوم أن يهتم المشرع بتفصيل أسباب انقضاء الالتزام . هذه الأسباب يمكن تصنيفها في ثلاث طوائف :

فقد ينقضي الالتزام بالطريق الطبيعي ، حين يقوم المدين بتنفيذ التزامه عيناً ، وهذ. ما يسمى بالوفاء . وقد ينقضي الالتزام بطريق آخر يقوم مقام الوفاء : كالوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة . وقد ينقضي على نحو غير طبيعي ، حين لا يحصل الدائن على أي وفاء ، كما في حالة الإبراء ، أو استحالة التنفيذ ، أو التقادم المسقط .

تقسيم :

وهكذا نوزع الدراسة في هذا الباب على ثلاثة فصول : نخصص الأول منها لانقضاء الالتزام بالوفاء . لنجعل الثاني لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، على حين نكرس الثالث لانقضاء الالتزام دون الوفاء به .

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء

(Le Paiement)

تعريف الوفاء ، وتكييفه ، ونوعاه :

٣٧٣- الوفاء هو تأدية المدين لذات ما التزم به ، أياً كان محل هذا الالتزام . وهو فى الواقع الطريق الطبيعى لانقضاء الالتزام ، مادام أن الدائن يحصل من مدينه على ذات ما كان ينتظره منه بموجب الرابطة القانونية التى ولدت هذا الالتزام .

٣٧٤- والرأى الغالب فى الفقه أن الوفاء تصرف قانونى ، ينعقد بإرادتى الموفى والدائن . أو هو بعبارة أخرى اتفاق على تنفيذ الالتزام يكون – أى هذا الاتفاق – مصحوباً بعمل مادى يقتضيه هذا التنفيذ [1]: كتسليم

---

(١) من هذا الاتجاه : مارتى ورينو بند ٥٥٣ ، كاربونييه بند ١٢٨ ص ٤٦٩ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٢٨١ ، جـ – شيفالييه ، بيدان ولاجارد ، جـ – مارتان دى لاموت أشار إليهم مارتى ورينو ص٦٠٠ هامش ٢ ،

PIERRARD (Marie – Jeanne) : Les Procédés de Preuve de Paiement . Rev . trim . 1948 P . 429 et S, Spéc . No 18 et . S .

وفى الفقه المصرى : د . السنهورى جـ٣ بند ٣٥٧ ، د . أبو ستيت بند ٧٤٥ (وهو يحلل مضمون إرادة الدائن – فى توافق الإرادتين على الوفاء – فى قصده إعفاء المدين من الالتزام ، بعد أن يتحقق – أى الدائن – من توافر سائر الشروط فى الموفى به ، والحقيقة أنه عندما تتوافر هذه الشروط فإن إعفاء المدين من الالتزام يترتب بقوة القانون أو بعبارة أخرى بناء على إرادة المشرع وليس على إرادة الدائن .

وانظر – مع ذلك – الملاحظات الانتقادية على هذا الاتجاه ، لـ :

LOUSSOUARN : La condition de l'erreur du Solvens dans la répétition de l'indu . Rev . trim . 1949 P . 212 et S . No 9 .

شيء مثلاً أو أداء عمل أو امتناع عـن عمـل . وقـد رأى فيـه الـدكتور السنهوري ، تبعاً لذلك ، « واقعـة مختلطـة » [1]، حيـث « يجمـع بـين التنفيذ المادي للالتزام وبين الاتفاق على قضاء الدين » وإن غلـب الاتفـاق (أي التصرف القانوني) فيه ، بما مكنه ، من ثم ، أن ينعته « بالتصـرف العيني acte juridique reel » [2] .

وعلى العكس من هذا الاتجاه ، يرى البعض فـي الوفـاء « مجـرد تنفيذ لالتزام سابق عليـه . ومتـى كـان تـام المطابقـة لـه يتعـذر أن يسـتلزم التراضـي لوقوعـه . إذ لا يمكـن للـدائن رفضـه . ومـادام لا يمكنه رفضه يصبح رضاؤه به عدم الأثـر قانونـاً فـلا تتوقـف عليـه صحته » [3] .

ولم يشأ جانب ثالث من الشراح أن يعطوا للوفاء تكييفاً قانونياً واحداً ، حيث يختلف هذا التكييف – عندهم – باختلاف الأحوال .

وعماد هذا الاختلاف – عند بعض أنصار هذا الاتجاه ، هو مضـمون محل الالتزام الواجب الوفاء به : فإذا كان هذا المحل يتمثل في القيام بعمـل مادي أو امتناع عن عمل ، كان الوفاء به مجرد عمل مادي أيضاً ، إيجـابي أو سلبي . أما إذا كان هذا المحل يتمثل في إعطاء شيء ، أي نقل حق عيني على شيء ، انطـوى الوفـاء – إلـى جانـب الواقعـة الماديـة – علـى تصرف قانوني يستلزم رضاء الموفي والدائن بنقل هذا الحق العينـي مـن

---

(١) في هذا المعنى أيضاً : كاربونييه بند ١٢٨ ص٤٦٩ .

(٢) د . السنهوري جـ٣ بند ٣٥٧ ، وراجع في تفاصيل هذا الرأي ، البنود مـن ٣٥٨-٣٦٢ .

(٣) د . محمود جمال الدين زكي بند ٥٤٨ ، وفي نفس المعنى :
CATALA (Nicole) : La nature juridique du Payement . Thèse Paris 1960 éd . 1961 .

الأول للثانى [١] . فيما أن عماد هذا الاختلاف عند البعض الآخر هو ما إذا كان الدائن قد قبل الوفاء الذى عرضه عليه المدين أو رفضه مما اضطر هذا الأخير إلى الإيداع ، حين يكون الوفاء تصرفاً قانونياً ، يأخذ صورة العقد فى الحالة الأولى وصورة الإرادة المنفردة (إرادة المدين) فى الحالة الثانية [٢] .

ونعتقد من جانبنا ، أن الوفاء تصرف قانونى ، مادام يتمثل فى إرادة تتجه إلى ترتيب أثر قانونى ، هى إرادة الموفى الذى يقصد بالوفاء القضاء على التزام سابق . لكننا لا نرى فى هذا التصرف القانونى ما يأخذ صورة الاتفاق بين الموفى والدائن ، حتى ولو كان الالتزام الذى يراد الوفاء به قد نشا عن عقد . إذ من غير المنطقى – فى اعتقادنا – أن ينشأ الالتزام بعقد ، ثم يحتاج الوفاء به إلى عقد آخر ، حين أن الأثر الوحيد للالتزام الذى نشأ هو وجوب تنفيذه . هذا إلى جانب ما هو مسلم به من إمكان أن يفى المدين رغماً عن الدائن من طريق إجراءات العرض والإيداع كما سنرى .

وهكذا نفضل أن نرى فى الوفاء تصرفاً قانونياً انفرادياً [٣]، أو هو بعبارة أخرى إرادة منفردة من جانب الموفى ، تأخذ – فى تنفيذها – مظهر العمل المادى . وفضلاً عن ضرورة استيفاء هذه الإرادة لجميع أركان

---

(١) من هذا الاتجاه : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨١٤ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٢٤٩ .

(٢) من هذا الاتجاه : د . عبدالمنعم فرج الصده بند ١٤١ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٤٠٧ .

(٣) فى هذا المعنى أيضاً : جـ – أندريولى ، أشار إليه مارتى ورينو ص٦٠٠ هامش ١ ؛ دى باج ، أشار إليه أبو ستيت ص٥٦٦ هامش ١ ؛ وقرب : د . عبدالمنعم البدراوى بند ٣٠١ .

وشروط صحة التصرف القانونى بوجه عام ، يلزم – حتى ترتب الأثر الذى تتجه إليه وهو – كما قلنا – القضاء على الالتزام ، أن تكون تامة المطابقة له . حين لا يعدو تسلم الدائن ما يقدمه له الموفى وفاء لهذا الالتزام وعدم اعتراضه عليه ، أن يكون قرينة على توافر هذا الشرط الخاص ، أو بعبارة أخرى قرينة على توافر هذه المطابقة ومن ثم على صحة الوفاء . فإذا ادعى الدائن عكس ذلك وقع عليه هو عبء إثبات عدم صحة هذا الوفاء [١] .

٣٧٥– هذا وقد يقع الوفاء بسيطاً ، حين يتم من جانب المدين نفسه أو من نائبه ، فينقضى حق الدائن وتبرأ فى ذات الوقت ذمة المدين . غير أن حق الدائن قد ينقضى بالوفاء مع بقاء ذمة المدين مشغولة بالدين ، وذلك حين يتم الوفاء من جانب شخص آخر غير المدين ، هذا الشخص الذى يرجع بعد ذلك بما أوفى على هذا المدين ، حالاً محل الدائن . فلا يعتبر من ثم مثل هذا الوفاء وفاء بسيطاً ، مادام أنه لا يخلى ذمة المدين . ويسمى هذا النوع من الوفاء ، الوفاء مع الحلول .

تقسيم :

ونوزع الدراسة فى هذا الفصل على مبحثين : نعرض فى أولهما للأحكام العامة للوفاء ، لنخصص الثانى للوفاء مع الحلول .

(١) ويأخذ بهذا التحديد أيضاً : بيدان ولاجارد (وإن كانا يريان فى الوفاء ، اتفاقاً) أشار إليهما د . السنهورى جـ٣ ص٦٣٦ هامش ٢ .

المبحث الأول
الأحكام العام للوفاء

تقســـــيم :

نتناول فى هذا المبحث الوفاء من حيث : طرفيه ، ومحله ، وظروفه . ونخصص لكل من هذه المسائل مطلباً مستقلاً .

المطلب الأول
طرفا الوفاء

٣٧٦- طرفا الوفاء هما الموفى والموفى له :

أولاً : الموفى :

(أ) الوفاء من جانب المدين أو الغير :

٣٧٧- الأصل أن يكون الموفى هو المدين باعتباره صاحب المصلحة الأولى فى إخلاء ذمته مما يثقلها من التزام . وهو يقوم بهذا الوفـــاء : إمـــا بشخصه أو عن طريق وكيله . فإذا كان ناقص الأهلية أمكن أن يتم الوفـــاء عن طريق من ينوب عنه قانوناً ، كالولى أو الوصى .

٣٧٨- غير أن هذا الأصل لا يمنع من إمكان أن يتم الوفاء فى بعض الأحيان من جانب شخص غير المدين مادامت له مصلحة فـــى ... داد هـــذا الدين . كما فى حالة ما إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع الـــدين (كالمـــدين المتضامن) ، أو ملزماً بوفائه عنه (كالكفيل) . بل يتصور أيضاً أن يقـــع الوفاء من الغير ولو لم تكن له مصلحة فيه (كالفضولى) .

(ب) شروط صحة الوفاء :

٣٧٩- على أنه يشترط فى الموفى ، أياً كان شخصه ، أن يكون أهلاً للتصرف فى الشىء محل الوفاء . وأهلية التصرف - كما هو معروف - تقتضى سن الرشد . فإذا وقع الوفاء من ناقص الأهلية كان قابلاً للإبطال لمصلحته مادام قد لحقه ضرر منه . والغالب - حين يكون الموفى هو المدين نفسه - ألا يجد مصلحته فى إبطال الوفاء مادام يترتب على هذا الأخير إسقاط التزامه . إنما يتصور - فى بعض الأحيان - أن يلحق الموفى ضرر من الوفاء . كما لو أوفى بدين مؤجل لمصلحته ، أو بشىء من صنف جيد حين أنه لم يلتزم إلا بشىء من صنف متوسط . ففى هذه الأحوال ، يمكنه أن يتمسك بإبطال الوفاء .

كما يشترط - من ناحية أخرى - أن يكون الموفى مالكاً للشىء الذى يفى به وإلا وقع الوفاء قابلاً للإبطال قياساً على حكم بيع ملك الغير . ويجد هذا الشرط تبريره فى أن الوفاء يترتب عليه نقل ملكية الشىء إلى الدائن وهو ما يستحيل إذا كان الموفى غير مالك ، لأن فاقد الشىء لا يعطيه . وفى هذا المعنى تقضى المادة ٣٢٠ بأنه :

« ١- يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكاً للشىء الذى وفى به وأن يكون الموفى ذا أهلية للتصرف فيه .

٢- ومع ذلك فالوفاء بالشىء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى » [1] .

(١) وفضلاً عن هذه الشروط يلزم - فى حالة الوفاء بالدين من جانب الغير - وحتى يبرئ مثل هذا الوفاء ذمة المدين فى مواجهة الدائن - أن تكون إرادة الموفى قد اتجهت إلى الوفاء بدين هذا الغير . « أما إذا ظن أنه يدفع ديناً على نفسه ، فلا يعتبر =

(جـ) مدى حق الدائن فى عدم قبول الوفاء من الغير :

٣٨٠- لكن إذا كان للمدين أو غيره أن يقوم بالوفاء ، فهل يجبر الدائن على قبول الوفاء من جانب الغير فى كل الحالات؟

بدهى أن من حق الدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الالتزام أن يكون تنفيذه من جانب المدين شخصياً (م٢٠٨) أما فى غير ذلك من الأحوال ، فإذا تم الوفاء من جانب الغير الذى له مصلحة فيه فإنه -رعاية لهذه المصلحة - يتعين على الدائن أن يقبله حتى ولو اعترض المدين على هذا الوفاء . أما إذا تم من أجنبى لا مصلحة له فيه ، فقد أجاز المشرع للدائن أن يرفض هذا الوفاء « إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض » م ٢/٣٢٣ . فالأمر إذن جوازى للدائن فى هذا الفرض الأخير [1]: فقد يقبل هذا الوفاء رغم اعتراض المدين عليه ، بل الغالب أنه سيقبله مادام أن المدين لم يقم بنفسه بعرض الوفاء على الدائن .

= وفاء لدين غيره ، بل وفاء لدين غير مستحق ، فيجوز للموفى المطالبة باسترداده ، إعمالاً لقاعدة دفع غير المستحق » . انظر نقض مصرى ١٩٨٠/١/٢٨ المجموعة السنة ٣١ ص٣١٢ رقم ٦٣ .

(١) أما فى فرنسا ، فإن المادة ٢/١٢٣٦ مدنى تجيز أن يتم الوفاء من جانب الغير الذى ليست له مصلحة فيه ، حين يكون الدائن مجبراً على قبول هذا الوفاء ، مادام أن الالتزام غير متعلق بشخص المدين . انظر فى هذا المعنى أيضاً : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٣٧ ؛ ستارك بند ٢٣٨٢ . وقد قضى فى فرنسا بأن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء من جانب الغير ، إلا إذا أثبت ضرراً يعود عليه من ذلك . انظر مثلاً : نقض ١٩٥٣/٥/٢٩ (د . ١٩٥٣-٥١٦) ؛ محكمة السين المدنية ١٩٤٨/١/١٩ (د . ١٩٤٨-١-١٣٦) .

ويبدو أن المشرع قد قصد بالنص السابق ، أن يدرأ عن نفس المدين منّة التفضل عليه من جانب الموفي غير ذى المصلحة فى الوفاء . فأعطاه فرصة الاعتراض عليه حتى يتسنى له السداد بنفسه . وإن كان المشرع لم يمض فى هذا الطريق إلى نهايته ، ففضل مصلحة الدائن فى اقتضاء الحق على هذه الاعتبارات الأدبية فى جانب المدين ، وإلا لكان قد ألزم الدائن عندئذ بعدم قبول هذا الوفاء .

(د) رجوع الموفى على المدين :

٣٨١- إذا لم يكن الغير ، الذى أوفى عن المدين ، قد قصد التبرع له بما أوفاه ، كان من حقه أن يرجع بما أوفى على هذا المدين .

ويتأسس هذا الرجوع : إما على فكرة الفضالة حين يكون الوفاء بغير علم المدين ، أو على فكرة الوكالة إذا أقر المدين الوفاء بعد حصوله ، أو على فكرة الإثراء بلا سبب حين يتم الوفاء بالرغم من اعتراض المدين .

فإذا أوفى الغير للدائن دون علم المدين أو رغم معارضة تحمل هو مخاطر هذا الوفاء ، إذ لن يكون بإمكانه أن يرجع على المدين – سواء تأسس رجوعه على فكرة الفضالة أو الإثراء – إلا بمقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب هذا الوفاء . وعليه يمكن للمدين أن يدفع دعوى الرجوع بجميع الدفوع التى كان يمكنه أن يبديها فى علاقته بالدائن ، كبطلان العلاقة القانونية التى ولدت الدين أو انقضاء هذا الأخير كله أو بعضه لأى سبب من أسباب الانقضاء . وفى هذا المعنى تقضى المادة ٣٢٤ بأنه :

« ١- إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه .

٢- ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع

رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء » .

ثانياً : الموفى له :

(أ) الوفاء للدائن :

٣٨٢- الأصل أن يكون الوفاء للدائن . ويقصد بهذا الأخير من تثبت له صفة الدائنية وقت الوفاء . سواء كان هو نفس الشخص الذى ارتبط مع المدين في العلاقة التى ولدت الالتزام أو شخص آخر خلف الدائن الأصلى خلافة عامة (كالوارث) أو خلافة خاصة (كالمحال له) .

غير أنه يلزم أن يكون الموفى له كامل الأهلية . فإذا كان من يستحق الوفاء ناقص الأهلية وجب على الموفى أن يفى لنائبه القانونى . فإن أوفى للقاصر ، وقع الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحة هذا الأخير . فإذا كانت قد عادت عليه منفعة من هذا الوفاء وقع صحيحاً بقدر هذه المنفعة .

غير أن الدائن قد ينيب عنه من يستوفى الدين ، فيقع الوفاء للنائب صحيحاً مبرئاً لذمة المدين . وقد جعل المشرع من التقدم بالمخالصة الصادرة من الدائن قرينة على وجود هذه النيابة بين الدائن وبين من يتقدم بهذه المخالصة ، فيقع الوفاء لهذا الأخير صحيحاً . إلا إذا كان قد صار الاتفاق بين الدائن والمدين مسبقاً على استبعاد هذه القرينة حين يكون الدائن قد اشترط على مدينه أن يتم الوفاء له شخصياً .

(ب) الوفاء للغير :

٣٨٣- فإذا وقع الوفاء لغير الدائن أو نائبه كان غير مبرئ لذمة المدين الذى يتعين عليه عندئذ أن يعيد الوفاء مرة أخرى .

ومع ذلك يكون الوفاء للغير صحيحاً مبرئاً لذمة المدين في الحالات الاستثنائية التالية :

١- إذا أقر الدائن هذا الوفاء م٣٣٣ [١]، إذ بهذا الإقرار يأخذ الموفى له صفة النائب عن الدائن وذلك بأثر رجعي من يوم الوفاء [٢]، وعندئذ يتعين عليه أن يقدم حساباً للدائن شأنه في ذلك شأن الوكيل ، إلا إذا كان الدائن قد قصد بهذا الإقرار أن يتبرع للموفى له بقيمة ما استوفاه .

٢- إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء للغير وبقدر هذه المنفعة (م٣٣٣) [٣] كما لو أوفى المدين لدائن الدائن [٤] .

٣- إذا تم الوفاء بحسن نية لحائز الدين ، أو بعبارة أخرى للدائن الظاهر (م٣٣٣) [٥] . وهذا الأخير هو شخص غير دائن حقيقة ولكنه يظهر أمام الكافة على أنه الدائن الحقيقي : (كالوارث الظاهر [٦]، أو المحال

---

(١) في هذا المعنى أيضاً نص المادة ٢/١٢٣٩ مدني فرنسي .

(٢) بما يمكن معه القول بأن هذا الفرض لا يعتبر – بدقة – استثناء على القاعدة السابقة . انظر في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٣٣ .

(٣) في هذا المعنى أيضاً نص المادة ٢/١٢٣٩ مدني فرنسي .

(٤) ويتأسس هذا الحكم لدى بعض الشراح على فكرة الإثراء بلا سبب ، في معنى أنه لو كان للدائن في هذه الحالة أن يطالب المدين بالوفاء ، رغم أن دينه هو في مواجهة دائنه قد انقضى بوفاء المدين لهذا الأخير ، فإن الدائن في هذه الحالة يكون قد أثرى على حساب مدينه بلا سبب . انظر جوجلار (دروس مازو) بند ٨٣٣ .

(٥) في هذا المعنى أيضاً نص المادة ١٢٤٠ مدني فرنسي .

(٦) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : استئناف كولمار في ١٨٥٠/١/١٨ (د . ١٨٥١-٢-١٦١) ؛ استئناف روان ١٨٧٠/٨/١٠ (د . ١٨٧٢-٥-٤٩ وتعليق لابيه) .

له الحق بحوالة أبطلت [1] أو فسخت) . ورعاية لحسن نية الموفى ، الذى يعتقد مع الكافة أن من تلقى الوفاء هو الدائن الحقيقى ، يقع هذا الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمة المدين [2] . ويكون للدائن الحقيقى أن يرجع على الدائن الظاهر[3]: طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية باعتباره مخطئاً فى استيفاء الدين ، خطأ ترتب عليه ضرر للدائن حيث برئت ذمة المدين ، إذا كان الدائن الظاهر سئ النية يعلم أنه لا حقَّ له فى استيفاء الدين ، أو بقواعد الإثراء على حساب الغير إذا كان الدائن الظاهر حسن النية .

٣٨٤- على أن جواز الوفاء للغير فى بعض الحالات يقابله على النقيض حالة يمتنع فيها على المدين أن يفى بالدين للدائن . وذلك حين يوقع دائن هذا الدائن حجزاً على ما لهذا الأخير من دين لدى المدين (وهو ما يسمى بحجز ما للمدين لدى الغير) . إذ يترتب على هذا الحجز حبس المال المحجوز تحت يد المدين (المحجوز لديه) لمصلحة الدائن الحاجز ، فإذا حكم بصحة الحجز تعين الوفاء بهذا المبلغ للدائن الحاجز .

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٨٤٧/١/٤ (د . ١٨٤٧-١-١٣٠) .

(٢) ومسألة مدى توافر حسن النية لدى الموفى هى من المسائل التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع . انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى (عرائض) ١٨٦٢/١/٢٧ (د . ١٨٦٢-١-٢٢٥) .

(٣) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٨٥ .

(جـ) امتناع الدائن عن قبول الوفاء (العرض الحقيقى والإيداع)[1]:

٣٨٥- ليس من المستبعد أن يتقدم المدين بالوفاء للدائن ، فيرفض هذا الأخير قبول الوفاء ، إما دون مبرر تعنتاً منه ، أو لخلاف بينه وبين المدين حول ما يجب الوفاء به . وقد يستلزم الوفاء ضرورة القيام بأعمال معينة يجب أن يشارك الدائن فيها ، فيمتنع عن هذه المشاركة . وقد يعلن الدائن – ابتداء – أنه لن يقبل الوفاء حين يتقدم به المدين .

وقد كفل المشرع للمدين إمكانية التغلب على ممانعة الدائن فى مثل هذه الأحوال ، حين خوله الحق فى أن يفى بإرادته وحده ، متبعاً طريقاً يقال له طريق : العرض والإيداع . (المواد من ٣٣٤ – ٣٤٠) [2] .

غير أنه قد تقابل المدين المستعد للوفاء صعوبات من نوع آخر ، كما لو كان يجهل شخصية الدائن أو موطنه . أو كان هذا الأخير عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء . أو يكون الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص . ولما كانت هذه الصعوبات قد يتعذر معها أو يستحيل ، قيام

---

(١) انظر ، من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٥/١/١٦ المجموعة السنة ٢٦ ص١٨٧ رقم ٤٤ ؛ ونقض ١٩٧٥/١٢/١٠ المجموعة السنة ٢٦ ص١٦٠٦ رقم ٣٠١ .

(٢) ويقابل هذه المواد فى فرنسا : المواد من ١٢٥٧-١٢٦٤ مدنى . وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٧٢/٢/١٦ (د . ١٩٧٢-٦٣٨) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٨/١/١٧ (ج .ب ١٩٣٨-١-٥٤٢ ؛ وقد جاء فيه أن الحق فى الوفاء بهذا الطريق يثبت للموفى سواء كان هو المدين أم لا) . وراجع فى تفاصيل نظام العرض الحقيقى والإيداع فى القانون الفرنسى : كاربونييه الصفحات من ٤٧٢-٤٧٣ بند ١٢٩ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندبير البنود من ٢٩٨-٣٠١ ؛ جوسران البنود من ٨٦٦-٨٦٩ .

المدين ببعض مراحل الطريق سابق الذكر ، فإن الظاهر من نص المادة ٣٣٨ أن المشرع قد أجاز للمدين أن يقوم بالإيداع مباشرة ، وهو آخر مراحل هذا الطريق . تلك المراحل التى يمكن تلخيصها على النحو التالى :

١- الإعذار :

٣٨٦- إذا مانع الدائن فى قبول الوفاء كان للمدين بموجب المادة ٣٣٤ ، كإجراء أول ، أن يسجل عليه هذه الممانعة أو هذا الرفض بإعلان رسمى على يد محضر فيكون بذلك قد تم إعذاره .

ويترتب على هذا الإعذار ، وفقاً للمادة ٣٣٥ ، أن يتحمل الدائن « تبعة هلاك الشيء أو تلفه » ، إذا كانت قبل هذا الاعذار على عاتق المدين (كأن يرفض المشترى تسلم المبيع ، فيعذره البائع بالتسلُّم ، فتنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى) ، وأن يقف « سريان الفوائد » اتفاقية كانت أم قانونية ، وأن يصبح « للمدين الحق فى إيداع الشيء على نفقة الدائن » ، وهى المرحلة التالية من مراحل العرض الحقيقى والإيداع . وأخيراً أن يطالب الدائن « بتعويض ما أصابه من ضرر » .

٢- العرض الحقيقى :

٣٨٧- بعد الإعذار ينتقل المدين إلى المرحلة الثانية وهى مرحلة العرض الحقيقى . وقد نظم قانون المرافعات إجراءات هذه المرحلة حين فرقت المادة ٤٨٧ منه بين ما إذا كان محل الالتزام مما يمكن تسليمه للدائن فى موطنه (كالنقود) حين يكون عرضها عن طريق تسليمها للمحضر الذى يقوم بعرضها عرضاً فعلياً على الدائن فى موطنه ، وبين ما لا يمكن تسليمه من الأعيان بهذا الشكل ، حين يكون عرضه بمجرد تكليف الدائن – على يد محضر – بتسلمه . فإذا رفض الدائن العرض ، أثبت المحضر ذلك فى

محضر العرض أو فى ورقة التكليف وكان للمدين أن ينتقل إلى المرحلة التالية .

٣- الإيداع :

٣٨٨- لا محل لهذه المرحلة إذا قبل الدائن العرض . فعندئذ يثبت المحضر ذلك القبول فى محضره ، ويسلمه المعروض . فيكون الوفاء قد تم . على أن يلتزم الدائن بمصروفات هذا العرض .

أما إذا رفض ، فلا يكون أمام المدين إلا سلوك مرحلة الإيداع ، وهى مرحلة تختلف طريقتها باختلاف محل الالتزام . فإذا كان المعروض نقوداً « قام المحضر بإيداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى لكتابة المحضر (محضر العرض) على الأكثر . وعلى المحضر أن يعلن الدائن بصورة من محضر الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه » م ١/٤٨٨ مرافعات . أما إذا كان المعروض « شيئاً غير النقود » وكان « مما يمكن نقله » جاز للمدين « أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة ، الترخيص فى إيداعه بالمكان الذى يعينه القاضى » . فإذا كان – على العكس – من غير النقود ولا يمكن نقله لأنه من الأشياء المعدة للبقاء حيث وجدت ، جاز للمدين « أن يطلب وضعه تحت الحراسة » م٢/٤٨٨ مرافعات .

غير أن المعروض قد يكون من الأشياء « التى يسرع إليها التلف أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها » . عندئذ أجاز المشرع المدنى للمدين أن يبيع هذه الأشياء « بالمزاد العلنى » بعد استئذان القضاء ، « وأن يودع الثمن خزانة المحكمة » م ١/٣٣٧ مدنى إلا إذا كان الشيء « له سعر معروف فى الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً فى البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة

بالسعر المعروف » م ٢/٣٣٧ مدني .

٤- الحكم بصحة العرض والإيداع :

٣٨٩- تجيز المادة ٤٩١ مرافعات ، للدائن أن يقبل العرض الذى سبق له رفضه وأن « يتسلم ما أودع على ذمته » طالما أن المدين لم يكن قد رجع فى عرضه ، وهو حق له مادام لم يصدر بعد حكم بصحة العرض أو قبوله من جانب الدائن ، وعندئذ تبرأ ذمة المدين بقبول الدائن من وقت العرض لا الإيداع . أما إذا استمر الدائن فى رفضه كانت آخر مرحلة فى هذا الصدد هى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بشأن مدى صحة العرض والإيداع ، إذا قد ينازع الدائن فى صحة العرض فيطلب إلى القضاء الحكم ببطلانه ، وقد لا ينتظر المدين نفسه منازعة الدائن فيبادر هو إلى طلب الحكم بصحة العرض [1] . فإذا حكم نهائياً بصحة العرض برئت ذمة المدين وذمم شركائه في الدين وذمم الضامنين له من وقت العرض لا من وقت الإيداع .

ويبقى – فى النهاية – أن نشير إلى أن بإمكان المدين أن يرجع فى عرضه طالما لم يكن الدائن قد قبله أو صدر حكم نهائي بصحته ، وعندئذ يعتبر العرض كأن لم يكن . فتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين ، وكذلك ذمم شركائه فيه ، وذمم الضامنين له . ويتحمل هو بمصروفات العرض (م ١/٢٤٠) . أما إذا أراد المدين أن يرجع فى العرض « بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه « لا يمنع من صحة الإيداع أن يكون معلقاً على شرط يحل للمدين فرضه » ١٩٧٨/٥/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ ص٣٢٨ رقم٢٥٩ .

الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين » م ٢/٢٤٠ .

المطلب الثانى

محل الوفاء

٣٩٠- يتعين على المدين من ناحية أن يفى للدائن بذات الشيء المستحق ، ومن ناحية أخرى أن يفى به كله .

حق الدائن فى الحصول على ذات ما التزم به المدين :

٣٩١- يجب على المدين أن يفى للدائن بذات الشيء المستحق أصلاً . ولا يمكن جبر الدائن على قبول شيء غيره « ولو كان هذا الشيء مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى » م ٣٤١ مدنى [١] .

فإذا كان محل الالتزام نقوداً ، تعين الوفاء به نقداً ، ويحق للدائن أن يرفض الوفاء بشيء آخر ولو كان اكبر قيمة . بل إن له أن يرفض استيفاء حقه النقدى عن طريق الشيكات [٢] أو الأرزاق التجارية الأخرى . إنما لا يلتزم المدين إلا بقدر عدد النقود « المذكور فى العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » م ١٣٤ مدنى [٣] .

وإذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء معين بالذات فلا يجبر الدائن

(١) ويقابلها فى فرنسا المادة ١٢٤٣ مدنى .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن وفاء الدين بطريق الشيك هو وفاء معلق على شرط التحصيل ، حكم ١٩٧٦/١١/٢٩ المجموعة السنة ٢٧ ص١٦٩٨ رقم ٣١٣ .

(٣) ويقابلها فى فرنسا المادة ١٨٩٥ مدنى .

على قبول غيره . فإذا كان معيناً بالنوع تعين الوفاء به على الوجه الذى اتفق عليه المتعاقدان . فإن كانا لم يتفقا « على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من الظروف أو من أى ظرف آخر ، التزم لمدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » م ٢/١٣٣ .

أما إذا كان محل الالتزام القيام بعمل ، وقد « نص الاتفاق ، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » م ٢٠٨ .

حق الدائن فى رفض الوفاء الجزئى :

٣٩٢– ويتعين على المدين أيضاً أن يفى للدائن بكل الشيء المستحق . فلا يمكن جبر الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه (م٣٤٢) [١] حتى ولو كان التزام المدين (أى حق الدائن) مما يمكن بطبيعته أن ينقسم [٢] . ويمتد مبدأ عدم تجزئة الوفاء إلى فوائد الدين ، فإذا كانت هذه الأخيرة قد استحقت ، شكلت هى وأصل الدين وحد واحدة ، بحيث لا يمكن جبر الدائن على قبول تجزئة الوفاء واستيفاء أحدها دون الآخر .

غير أن قاعدة عدم تجزئة الوفاء تقبل فى الواقع استثناءات متعددة : فيجوز – من ناحية – وهى لا تعدو أن تكون قاعدة مقررة – أن يستبعد تطبيقها بالاتفاق ، الذى قد يقع صريحاً حين يتفق الطرفان فى العقد (وهو

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذه القاعدة : استئناف كولمار ١٩٥٥/١٠/١٤ (ج .ب ١٩٥٦–١–٦٦) . وتطبق هذه القاعدة – من باب أولى إذا كان الوفاء الجزئى قد تم من جانب الغير ، انظر : نقض فرنسى ١٩١٣/١/٢٤ (د . ١٩١٧–١–٣٨) . وانظر فى مبررات هذه القاعدة : جوجلار (بروس مازو) بند ٨٨٧ .

(٢) فى هذا المعنى أيضاً : ستارك بند ٢٣٨٩ .

أمر شائع) على إمكان الوفاء على أجزاء أو على أقساط دورية . أو يقع ضمنياً حين يعرض المدين – بالفعل – وفاءً جزئياً لدينه فيقبله الدائن منه .

كما أنه يجوز للقاضي بموجب المادة ٢/٣٤٦ أن ينظر المدين إلى آجال معقولة ينفذ فيها التزامه . وعندئذ سوف يقع الوفاء على أجزاء . هذا إلى أن بإمكان المدين إذا أصبح دائناً للدائن بمبلغ أقل مما هو ملتزم به نحوه أن يتمسك بالمقاصة ، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، لتبقى ذمة المدين مشغولة بالجزء الباقى من الدين . ويكون الدائن قد أجبر بطريق غير مباشر على قبول وفاء جزئى لحقه .

غير أن قاعدة عدم تجزئة الوفاء ليست فى الحقيقة مقررة لصالح الدائن وحده ، إذ للمدين – بدوره – مصلحة فى أن يفى الدين كاملاً حتى تبرأ ذمته نهائياً . ولذلك يجوز له ، إذا كان الدائن قد أراد استيفاء بعض حقه ، أن يصر على إيفائه كاملاً . اللهم إلا إذا كان الدين « متنازعاً فى جزء منه ، وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » م ٢/٣٤٢ .

دفع مبلغ من حساب ديون متعددة (تعيين جهة الدفع أو خصم المدفوعات) :

٣٩٣- إن نطاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء ينحصر فى الدين الواحد . فإذا كان فى ذمة المدين – على العكس – عدة ديون لدائنه ، فإن كل دين منها يستقل عن الآخر وتطبق بشأنه وحده قاعدة عدم التجزئة . ليظل من حق المدين ألا يفى أى منها كاملاً فلا يكون للدائن أن يرفض هذا الوفاء بمقولة أنه وفاء جزئى لمجموع ما فى ذمة المدين من ديون .

غير أن تعدد الديون فى ذمة المدين ، يثير مشكلة من نوع آخر ، إذا

كانت هذه الديون جميعها لدائن واحد ، ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين غير كاف لوفائها كلها ، بما يثور معه التساؤل عن تحديد الديون التي يتعين أن يخصم منها ما دفعه المدين . وهذه هي مسألة تعيين جهة الدفع أو خصم المدفوعات .

وقد حسمت هذه المسألة المادتان ٣٤٤ ، ٣٤٥ مدنى [1] حين جعلتا الحق فى التعيين للمدين نفسه أولاً ، وإلا تم ذلك التعيين وفقاً لمعايير وضعها القانون نفسه ، فإذا لم يصدق أى معيار منها انتقل التعيين للدائن .

(أ) خيار التعيين للمدين :

٣٩٤- للمدين – أولاً – بموجب المادة ٣٤٤ أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به [2] . حين يلتزم الدائن ، عندئذ ، بقبول هذا التعيين ، مالم يحل بين المدين واستعمال هذا الحق مانع قانونى أو اتفاقى .

فقد يتفق الطرفان مسبقاً على ترتيب الديون فى الدفع . وقد يصطدم اختيار المدين بموانع قانونية ، من ذلك على سبيل المثال : أنه لا يستطيع أن يجرى الخصم من دين أكبر من المبلغ المدفوع ، لأن الوفاء فى هذه الحالة

---

(١) ويقابل هاتين المادتين ، فى فرنسا ، نص المواد من ١٢٥٣-١٢٥٦ من المجموعة المدنية ، وإن كان التنظيم القانونى لهذه المسألة فى القانون الفرنسى يختلف إلى حد ما عن تنظيم القانون المصرى لها . راجع فى هذا التنظيم : مارتى ورينو بند ٦٠٦ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٨٨٨ .

(٢) أنظر ، من تطبيقات القضاء المصرى ، نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ ص١٧٦٦ رقم ٣٤١ . وقد قضت محكمة النقض فى حكم آخر لها بأن حق المدين فى تعيين الدين المراد الوفاء به ، عند تعدد الديون ، هو مسألة واقع ، ومن ثم لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، انظر حكم ١٩٧٦/١/١٠ المجموعة السنة ٢٧ ص٢٤٥ رقم ٥٨ .

سيكون وفاءً جزئياً (فى خصوص هذا الدين) وقد عرفنا أن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئى . كما أنه لا يستطيع – من ناحية أخرى – أن يجرى الخصم من دين مؤجل إذا كان الأجل لمصلحة الطرفين معاً (كقرض بفائدة) أو من باب أولى إذا كان الأجل لمصلحة الدائن وحده ، لأن المدين بذلك إنما يجبر الدائن – بإرادته المنفردة – على إسقاط الأجل ، وهو غير جائز إلا حين يكون الأجل قد تقرر لمصلحته وحده .

(ب) تعيين الخصم بواسطة القانون :

٣٩٥– إذا لم يستعمل المدين حقه فى التعيين ، تعين إجراء الخصم وفق المعايير التى حددتها المادة ٣٤٥ ، حين فرقت فى هذا الشأن بين فرضين : فرض ما لو كان أحد الديون حالاً والآخر مؤجلاً ، وعندئذ يكون الخصم « من حساب الدين الذى حل » . وفرض ما لو تعددت الديون الحالة ، وعندئذ يكون الخصم من حساب « أشدها كلفة على المدين » . أو بعبارة أخرى، من حساب الدين الذى يكون للمدين مصلحة أكبر فى سداده [1] . فالدين الذى يغل فوائد – على سبيل المثال – أو الذى يضمنه رهن أو الذى مازال يبقى على سقوطه بالتقادم مدة طويلة ، يعتبر أشد كلفة على المدين من دين آخر لا يغل فوائد ، أو لا يضمنه رهن أو أوشك على السقوط ، بما يجعل من مصلحة المدين أن يفى به دون الآخر .

(جـ) حق الدائن فى التعيين :

٣٩٦– فإذا لم يكن بالإمكان تطبيق أى من المعيارين السابقين ، لتعدد

(١) وهذه مسألة واقع ، تترك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع . فى هذا المعنى مارتى ورينو بند ٦٠٦ ، ونقض فرنسى (عرائض) ١٨٦٢/٥/٢٠ (د . ١٨٦٢–١–٥٠٧)، نقض ١٨٨٤/٧/٢٢ (د . ١٨٨٤–١–٤٥٩) .

الديون الحالة ، وتساويها فى الكلفة ، انتقل التعيين إلــى الــدائن [1] مــادام الفرض أن المدين نفسه لم يقم بالتعيين .

ترتيب الخصم فى حالة الدين الواحد الذى تتبعه ملحقات :

٣٩٧- أدخل المشرع فى مسألة تعيين جهة الدفع ، حالة ما إذا كانت ذمة المدين مشغولة بدين واحد تتبعه ملحقات من فوائد ومصروفات . فأوجب فى المادة ٣٤٣ إذا كان ما أداه المدين لا يفى بالدين مع كل هذه الملحقات ، أن يجرى خصم ما دفع « من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ثــم مــن أصل الدين . كل هذا ما لم يتفق على غيره [2][3] .

المطلب الثالث

ظروف الوفاء

زمان الوفاء :

٣٩٨- الأصل أنه مادام التزام المدين مستحق الأداء لم يتفــق علــى تأجيله ، ولم يكن معلقاً على شرط واقف ، فإنه يتعين عليه أن يفى به فوراً ، وإلا أمكن للدائن قهره جبرياً على هذا التنفيذ . وفى هــذا المعنــى تقضــى المادة ١/٣٤٩ بأنه « يجب أن يتم الوفاء فــوراً بمجــرد ترتــب الالتــزام

(١) ويعتقد بعض الشراح أن اتفاقاً لاحقاً بين المدين والدائن يمكن أن يعدل مــن التعيين الذى سبق أن قام به هذا الأخير ، بشرط عدم الإضرار بالحقوق المكتسبة للأغيار، انظر فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٠٦ ، وقارن : نقــض فرنســى ١٨٧٤/١٢/٨ (د . ١٨٧٥-١-٣٣) ، ١٨٨٣/٧/٢٣ (د . ١٨٨٤-١-١٨٠) .

(٢) راجع من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠ المجموعة السنة ٢٧ ص١٨٥٧ رقم ٣٤٠ .

(٣) وتأخذ المجموعة المدنية الفرنسية بنفس الحكم فى المادة ١٢٥٤ .

نهائياً فى ذمة المدين » .

غير أن الفقرة الثانية من نفس النص أجازت « للقاضى ، فى حـالات استثنائية إذا لم يمنعه نص القانون ، أن ينظر المدين إلى أجـل معقـول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هـذا التأجيل ضرر جسيم » . ويسمى الأجل القضائى فى هـذه الحالـة بنظـرة الميسرة .

مكان الوفاء :

٣٩٩- إذا لم يتفق الطرفان على تحديد المكان الذى يجب أن يتم فيـه الوفاء تعينت التفرقة بموجب المادة ٣٤٧ بين ما إذا كان محل الالتزام شـيئاً معيناً بالذات حيث يجب تسليمه « فى المكان الذى كان موجوداً فيـه وقـت نشوء الالتزام » ، وبين ما عداه من الالتزامات الأخرى ، حيث يكون الوفاء بها « فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال » .

نفقات الوفاء :

٤٠٠- وتكون نفقات الوفاء أياً كان نوعها (كنفقات الوزن ، أو إرسال الدين إلى الدائن إذا كان مشترطاً الوفاء فى موطن هـذا الأخيـر) ، علـى المدين، وذلك بموجب المادة ٣٤٨ « إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغيـر ذلك » [١] . ومن أمثله النصوص التى تجعل نفقات الوفاء على الدائن ، نص المادة ٤٦٢ التى تجعل « نفقات البيع . . . على المشترى » – وهو الـدائن

(١) ورغم أن المادة ١٢٤٨ مدنى فرنسى ، المقابلة لهذه المادة ، لا تتضمن هـذا الاستدراك ، إلا أن من المسلم به فى فرنسا أن نصها غير آمر ، ومن ثم يمكن الاتفـاق على مخالفة هذا الحكم . انظر فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٩٠ .

المبحث الثانى

الوفاء من الحلول [١]

Le Paiement avec Subrogation

المقصود به ، والغرض منه :

٤٠١- الوفاء مع الحلول ، هو نظام قانوني مركب ، ينطوى على وفاء للحق بالنسبة للدائن وانتقال لهذا الحق بالنسبة للمدين [٢] .

ويفترض هذا النوع من الوفاء أن يكون الموفى شخصاً غير المدين ، ولم يقصد بوفائه أن يتبرع للمدين . فإذا كان هذا الوفاء يقضى على حق الدائن ، إلا أن ذمة المدين تبقى مشغولة فى مواجهة الموفى . وقد سبق أن عرفنا أن لهذا الأخير أن يرجع على المدين بدعوى شخصية لاقتضاء ما أوفاه ، وتتأسس هذه الدعوى : إما على الفضالة أو الوكالة أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال .

٤٠٢- غير أنه يبدو أن المشرع ، قد أراد أن يشجع [٣] الغير على وفاء دين المدين ، خاصة إذا كانت لهذا الغير مصلحة فى هذا الوفاء . فجعل

---

(١) راجع فى تنظيم هذا النوع من الوفاء فى القانون الفرنسى : جوجلار (دروس مازو) البنود من ٨٤٣-٨٥٩ .

(٢) راجع - بوجه عام - فى الطبيعة القانونية للحلول : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٦١ ؛ مارتى ورينو بند ٦٠٧ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٣١١ ؛ د . السنهورى جـ٣ البنود من ٤٠٢-٤٠٥ .

(٣) فى هذا المعنى أيضاً مارتى ورينو بند ٦٠٧ .

له – فضلاً عن الدعوى الشخصية – أن يحل بما دفع فى مركز الدائن . فيسمى الوفاء فى هذه الحالة وفاء مع الحلول .

والهدف الرئيسى من هذا الإحلال ، أن يفيد الموفى – فى رجوعه على المدين – بالضمانات التى كانت تضمن حق الدائن الموفى له [1] . وبالتالى يطمئن الموفى إلى أنه سيكون عند التنفيذ على أموال المدين مفضلاً – بهذا الحلول – على غيره من الدائنين عند التزاحم . حين أنه لو رجع بالدعوى الشخصية لتحمل خطر مزاحمة الدائنين الآخرين له ، بما يحتمل معه ألا يحصل على كامل حقه ، إذا وقعت قسمة الغرماء نتيجة إعسار المدين . بل وقد لا يحصل على شيء مما أوفى إذا سبقه إلى استيفاء الحق دائنون آخرون مفضلون عليه بما لهم من تأمين عينى يضمن حقوقهم .

وقد كان يكفى لكفالة هذا الهدف مجرد إحلال الموفى محل الدائن فى حق هذا الأخير بما يكفله من ضمانات فحسب . غير أن المشرع لم يقتصر على ذلك وإنما تصور الحلول بكامل أبعاده ، فجعل الموفى يحل فى نفس مركز الدائن ، ليكون له حق هذا الأخير بخصائصه ، وتوابعه وتأميناته ودفوعه . وطبقاً لهذا التصوير ، فقد يبدو الرجوع بالدعوى الشخصية أكثر ميزة للموفى من دعوى الحلول فى بعض الأحيان . كما لو كانت دعوى الدائن – على سبيل المثال – قد أوشكت على السقوط بالتقادم ، حين أن مدة التقادم فى صدد الدعوى الشخصية ، لا تبدأ إلا من وقت الوفاء . وقد لا يكون حق الدائن منتجاً لفوائد ، أو اتفق بشأنه على أقل من الفوائد القانونية ، حين يجد الموفى من مصلحته ، إذا كان بوفائه وكيلاً أو فضولياً عن المدين ، أن يرجع على هذا الأخير بالدعوى الشخصية ليكون له فوائد ما أوفى بسعرها القانونى من يوم الوفاء .

---

(١) فى هذا المعنى جوجلار (دروس مازو) بند ٨٤٣ .

غير أن الوفاء مع الحلول ، وإن بدا للوهلة الأولى ، قريب الشبه بعقد حوالة الحق ، إلا أنهما فى الواقع يختلفان فى الغرض ، وفى شروط الانعقاد والنفاذ ، وكذلك فيما يترتب على كل منهما من آثار . وسوف نشير إلى هذه الفوارق من خلال ثنايا البحث فى حالات الوفاء مع الحلول وما يترتب عليه من آثار وذلك منعاً للتكرار [1] .

تقسـيم :

نوزع الدراسة فى هذا المبحث على مطلبين : نخصص أولهما لحالات الوفاء مع الحلول لنكرس الثانى لما يترتب على الحلول من آثار .

المطلب الأول

حالات الوفاء مع الحلول

٤٠٣- يجد الحلول مصدره ، إما فى نص القانون ، حين يسمى « بالحلول القانونى » ، أو فى الاتفاق ، حين يسمى « بالحلول الاتفاقى » .

أولاً : الحلول القانونى [2]:

٤٠٤- حددت حالات الحلول القانونى ، المادة ٣٢٦ والتى بموجبها

---

(١) راجع بوجه عام ، فى أوجه الاختلاف بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٥٩ ؛ ستارك بند ٢٣٤٨ ؛ مارتى ورينو بند ٦٠٧ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣١٩ ، د. السنهورى جـ٣ البنود من ٤٠٦-٤١٠ .

(٢) انظر فى حالات الحلول القانونى فى القانون الفرنسى ، طبقاً للمجموعة المدنية ، وكذلك حالات الحلول التى قررتها نصوص خاصة لاحقة على هذه المجموعة : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٥٥ ؛ مارتى ورينو ، البندان ٦١٨ ، ٦١٩ ؛ كاربونييه بند ١٣٠ ص٤٧٨-٤٧٩ ؛

VITU : Subrogation légale et droit des assurance . Rev . gen . des ass . Terr . 1946 -260 .

يحل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :

١- إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه : م٣٢٦/١ [١]:

ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان متضامناً معه فيه أو كان شريكاً معه فى دين غير قابل للانقسام [٢] . كما يكون الموفى ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلاً له ، شخصية كانت هذه الكفالة أم عينية .

٢- وفاء الدين المتأخر لدائن متقدم : م ٣٢٦/ب :

تفترض هذه الحالة أن يكون المدين قد رهن عقاره لدائنين على التوالى: فإذا شرع الدائن المتقدم فى التنفيذ على العقار ليستوفى حقه من ثمنه (وهو يستوفيه فى هذا الفرض بالأولوية على الدائن المتأخر) ، فقد يجد الدائن الآخر من مصلحته أن يمنع هذا التنفيذ ، إذا كان الوقت غير ملائم لبيع العقار ، بما يحتمل معه ألا يكون الثمن كافياً للوفاء بالحقين معاً . حين أنه لو أرجئ البيع إلى فرصة مناسبة لكان من الممكن أن يتبقى من حصيلة التنفيذ – بعد خصم حق الدائن المتقدم – ما يكفى للوفاء بحق الدائن المتأخر . عندئذ يكون من مصلحة هذا الأخير أن يفى هو حق الدائن المتقدم فيحل محله ويتريث التنفيذ إلى الوقت المناسب . كما تتحقق هذه الحالة من باب أولى لو كنا بصدد دائنين أحدهما يسبق الآخر بما له من تأمين عينى حين أن الآخر مجرد دائن عادى .

---

(١) ويقابلها فى فرنسا نص المادة ٣/١٢٥١ مدنى . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٥٦/٢/٢٩ (جـ .ك .ب ١٩٥٦-٩٢٦٣ وتعليق سافاتييه) .

(٢) ويؤكد القضاء الفرنسى أن هذا الفرض من الحلول يطبق أيضاً فى حالة الالتزام التضامنى in Solidum ، انظر مثلاً : نقض ١٩٥٦/٢/٢٩ سابق الإشارة ، ونقض ١٩٥٨/١١/٣ (ج .ب ١٩٥٩-١-١٣) .

٣- وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون : م ٣٢٦/جـ :

حائز العقار هو من تنتقل إليه ملكية عقار مثقل بتأمين عينى ، دون أن يكون مسئولاً شخصياً عن الدين . .

فإذا أراد الدائن المرتهن بما له من حق التتبع أن يباشر التنفيذ على العقار الذى انتقلت ملكيته إلى الحائز ، فقد يجد هذا الأخير من مصلحته ، درءاً للتنفيذ على عقاره أن يفى للدائن المرتهن حقه ليحل محله فى ذات الحق بضماناته . فإذا كان هذا الحق مضموناً برهن على عقار آخر ، ضمن هذا الرهن حق الحائز قبل المدين .

بل أكثر من ذلك ، يحل الحائز بما دفعه فى نفس الرهن الذى كان للدائن الموفى له ، على نفس العقار الذى آل إلى الحائز . ليصبح الحائز بمثابة الدائن المرتهن لملكه . وتظهر مصلحته فى ذلك إذا كان العقار الذى آل إليه ، مثقلاً برهن تال فى المرتبة ، وكانت قيمة هذا العقار لا تزيد على الدين الذى أوفى به للدائن المتقدم وحل محله فيه ، إذ سيترتب على الحلول هنا أن تنعدم مصلحة الدائن المتأخر فى مباشرة التنفيذ على عقار الحائز ، مادام الفرض أنه لن يتبقى له من حصيلة التنفيذ شىء ، بعد استيفاء الحائز (كحال محل الدائن المتقدم) كامل حقه .

هذا ويلاحظ أن الفقرة جـ من المادة ٣٢٦ حين ذكرت هذه الحالة من حالات الحلول ، لم تعرض إلا لفرض واحد من فروض حائز العقار ، وهى حالة ما إذا كان هذا الأخير قد اشترى العقار ودفع ثمنه لدائنين خصص هذا العقار لضمان حقوقهم . وأساس اختصاص هذا الفرض بالذكر أنه الأكثر وقوعاً فى العمل . وإن كان ذلك لا يمنع أن كل حائز للعقار المرهون له أن يستعمل هذا الحق فى الحلول .

٤- حالات أخرى :

وأخيراً تجيز الفقرة د من نفس النص للموفى حق الحلول إذا كان هناك نص خاص يقضى بذلك . ومن أمثلة هذه النصوص ما يقضى به القانون المدنى فى خصوص التأمين من الحريق حين تخول المادة ٧٧١ مدنى للمؤمن أن يحل ، بما دفعه من تعويض بسبب الحريق ، فى الدعاوى التى تكون للمستأمن قبل المسئول عن الحريق . (وراجع أيضاً نص المادة ١٥٨ تجارى فى خصوص دفع الكمبيالة بطريق التوسط) .

ثانياً : الحلول الاتفاقى :

٤٠٥- قد يجد الحلول مصدره فى الاتفاق الذى قد يتم : إما بين الدائن والموفى ، أو بين المدين والموفى .

أ- الحلول بالاتفاق مع الدائن :

٤٠٦- تجيز المادة ٣٢٧ مدنى « للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله » [(١)] .

وتختلف هذه الصورة من صور الحلول عن حوالة الحق ، وإن بدت

(١) وتشترط المادة ١/١٢٥٠ مدنى فرنسى ، المقابلة لهذا النص ، أن يكون الاتفاق فى هذا الفرض من الحلول ، صريحاً . لكن المسلم به فى الفقه الفرنسى أن ذلك لا يعنى ضرورة استخدام لفظة الحلول بنصها فى هذا الاتفاق ، وإنما المقصود به ضرورة أن يكون اتفاق الطرفين على الحلول واضحاً فى معناه لا يحتمل لبساً ، وأن مثل هذا الاتفاق لا يصح أن يستخلص ضمناً . انظر فى هذا المعنى : جوسران بند ٨٨٩ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣١٣ ؛ مارتى ورينو بند ٦١١ .

قريبة الشبه منها [1] . فقد أجازت المادة السابقة هذا الحلول « ولو لم يقبل المدين » . ومعنى ذلك أن هذا الحلول ينفذ فى مواجهة المدين والغير دون حاجة إلى أى إجراء [2][3] . حين أن حوالة الحق ، وإن أمكن انعقادها بين الدائن والمحال له ، إلا أن نفاذها في حق المدين أو الغير موقوف على رضاء هذا المدين بها أو على الأقل على إعلانه بها إعلاناً رسمياً .

كذلك يختلف النظامان من حيث الهدف . ففى الوفاء مع الحلول ، يكون الوفاء هو المقصد الأساسى من هذا النظام ، وما تغير شخص الدائن وحلول الموفى محله إلا نتيجة تبعية . حين يكون استبدال شخص المحال له بشخص الدائن الأصلى فى حوالة الحق هو الهدف الأساسى من الحوالة ، ولذلك فإن الموفى – فى غالب الأحيان – إنما يتدخل بقصد إسداء خدمة للمدين الذى أوفى عنه . ولذلك فإن حقه فى الرجوع على هذا الأخير يكون مقيداً بقدر ما دفع من ماله للدائن وليس بقدر حق هذا الأخير فى مواجهة المدين . حين يغلب – على العكس – فى حوالة الحق ، أن يكون المحال له مضارباً ، يقصد استثمار أمواله ، فيشترى من الدائن المحيل حقه فى مواجهة

---

(١) وبديهى أن للقضاء رقابته على ما يعطيه المتعاقدان من تحديد للطبيعة القانونية للعقد ، ومن ثم فليس ما يمنع أن يرى قضاة الموضوع ، فى اتفاق ما ، حوالة حق حتى ولو كان المتعاقدان قد استخدما فى شأنها لفظة الحلول . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٤٨/٤/١٣ (س . ١٩٤٨-١-١٦١) .

(٢) اللهم إلا فيما يتعلق بتاريخ الاتفاق على هذا الحلول ، حيث لا يكون بالإمكان الاحتجاج به على الأغيار إلا منذ أن يكون ثابتاً بوجه رسمى .

(٣) وقد يحدث – تبعاً لذلك – أن يفى المدين لدائنه القديم بحسن نية ، أى وهو يجهل ذلك الوفاء الذى تم له من جانب الغير . وقد قضى فى هذا الخصوص بأن وفاء المدين فى هذه الحالة يكون صحيحاً ومن ثم مبرئاً لذمته . انظر استئناف باريس ١٩٧٠/١/٢٣ (جـ .ك .ب ١٩٧١-٢-١٦٨٣٧ وتعليق جافالدا) .

المدين ، لقاء مبلغ أقل ، إما لأن هذا الحق مؤجلاً ، أو متنازعاً فيه ، ليرجع بعد ذلك على المدين بكامل حق الدائن المحين ، مستفيداً من الفرق بين ما دفع وبين ما يسترد .

وينعكس هذا الاختلاف فى الهدف على مسئولية الدائن فى كل من النظامين . ففى حوالة الحق بعوض ، ينقل الدائن للمحال له حقه فى مواجهة المدين ، ومن ثم يكون من الطبيعى أن يلتزم فى مواجهة المحال له بضمان وجود الحق المحال وقت الحوالة . فإذا تحقق هذا الضمان ، رجع المحال له على المحيل بالتعويض عن كل ما خسره ، وهو يشمل المبلغ الذى دفعه للمحيل كثمن للحوالة ، مضافاً إليه فوائده ، ومصاريف الحوالة . أما فى الوفاء مع الحلول ، فإن الدائن لا ينقل شيئاً للموفى ، وإنما على العكس يتلقى منه حقه . وبالتالى لا يتصور أن يكون الدائن مسئولاً بالضمان فى مواجهة الموفى . وحتى إذا تبين أن الحق الذى استوفاه الدائن من الموفى غير موجود، إما لانقضائه أو لبطلان التصرف الذى نشأ عنه ، فإن رجوع الموفى على الدائن لا يكون إلا وفقاً لقواعد استرداد ما دفع بدون وجه حق ، حيث يقتصر حق الموفى على استرداد ما دفعه فقط ، ولا يحق له أن يطالب بفوائد ما دفع ، اللهم إلا إذا كان الدائن سيئ النية يعلم حين القبض بعدم أحقيته فى الوفاء .

٤٠٧- هذا وتشترط المادة ٣٢٧ ، لإمكان الحلول بالاتفاق بين الدائن والموفى ، ضرورة إلا يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء [1] . بمعنى

---

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الشرط الذى يجرى عليه أيضاً نص المادة ١/١٢٥٠ مدنى : نقض (تجارى) ١٩٦٥/١٢/١٤ (ج.ب ١٩٦٦-١-٢٧٨) ؛ استئناف تولوز ١٩٥٤/١١/٩ (ج.ب ١٩٥٥-١-٤٩) .

ضرورة أن يكون متعاصراً معه [١] . ويجد هذا الشرط تبريره في اعتبار نظرى وآخر عملي :

فمن الناحية النظرية : لا يتصور إمكان تأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء ؛ لأنه يترتب على الوفاء انقضاء حق الدائن ، وعندئذ لا يتصور أن يحل الموفى فى حق أصبح لا وجود له [٢] .

---

(١) وعلى ذلك صريح نص المادة ١٢٥٠/١ مدنى فرنسى سابقة الإشارة . ويؤكد بعض الشراح الفرنسيين أن الحلول لا يجوز قبل الوفاء ، حيث أن الأخير هو شرط للأول، ولا يعدو الاتفاق بين الدائن ومن يريد الوفاء بدين الغير على أن الموفى سوف يحل بوفائه محل الدائن ، أن يكون مجرد وعد بالحلول . انظر فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦١٢ ؛ جوسران بند ٨٨٩ . وتبعاً لذلك يرى البعض أيضاً ، أن الشروط التى ترد عادة فى وثائق التأمين من الأضرار ، والتى بموجبها يحل المؤمن محل المستأمن فيما يكون لهذا الأخير من حق فى التعويض قبل المتسبب فى الضرر ، إنما تتحلل فى حوالة حق محتمل وليس فى حلول بالمعنى الدقيق : من هذا الرأى بلانيول وريبر بواسطة رادوان ، أشار إليهم مارتى ورينو ص٦٤٤ هامش ٣ . أما بعد صدور قانون التأمين الفرنسى فى ١٣ يولية ١٩٣٠ وما قررته المادة ٣٦ منه من حق للمؤمن فى الحلول القانونى محل المستأمن ، فإن محكمة النقض الفرنسية لم تعد تجيز للمؤمن أن يدعى فى هذا الفرض بأن المستأمن قد أحال إليه حقه فى التعويض فى مواجهة الغير (أى المتسبب فى الضرر) بالنظر لاختلاف آثار حوالة الحق عن آثار الحلول . أشار لذلك مارتى ورينو ص٦٤٤ هامش ٣ ؛ وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى فى هذا المعنى : نقض ١٩٤٥/٣/٥ (د . ١٩٤٦-١ وتعليق بيسون) ؛ (جـ.ك.ب ١٩٤٥-٢-٢٧٩٨ وتعليق ليربور بيجونيير) ، (ر. ت ١٩٤٦-٣٦ وتعليق هنرى وليون مازو) ؛ وعكس ذلك : استئناف ليون ١٩٤٣/٣/٢ (ر. ت ١٩٤٤-٣٨ وتعليق هنرى وليون مازو) ، والمجلة العامة للتأمين البرى ١٩٤٣-٢٤٦ وتعليق بيسون) .

(٢) فى هذا المعنى أيضاً : ستارك بند ٢٣٥٠ ؛ جوجلار بند ٨٤٩ ؛ مارتى ورينو بند ٦١٢ ؛ جوسران بند ٨٨٩ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣١٣ .

أما الاعتبار العملي – وهو ما يبدو أن المشرع كان يقصد إليه ، كما يتضح من المذكرة الايضاحية للنص – فهو درء التواطؤ المحتمل ، بين المدين والدائن المتقدم ، الذى استوفى حقه ، للإضرار بدائن تال فى المرتبة . وبيان ذلك ، أن المدين قد يفى حق الدائن المتقدم ، بما يترتب عليه أن يصعد الدائن الذى كان تالياً له فى المرتبة ، إلى المرتبة الأولى . ولو سمح المشرع أن يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء لكان من السهل على المدين أن يتواطأ مع الدائن المتقدم الذى استوفى حقه ، فيتفقان غشاً على حلول أحد الأغيار فى مرتبة الدائن المتقدم ، لتفويت حق الدائن المرتهن الثانى ، الذى من المفروض أنه أصبح – بانقضاء حق الدائن المتقدم – فى المرتبة الأولى .

٤٠٨– والغالب أن يصير الاتفاق على الحلول ، فى نفس المخالصة التى يعطيها الدائن للغير الذى أوفاه حقه . وعندئذ ، فطبقاً للقواعد العامة ، وخروجاً من الاستثناء الخاص بالمخالصات بوجه عام ، ينبغى أن يكون لهذه المخالصة الحلولية (La quittance subrogative) تاريخ ثابت ، حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير [١] .

ب– الحلول بالاتفاق مع المدين [٢] :

٤٠٩– تفترض هذه الصورة ، أن يكون أجل الوفاء بحق الدائن قد حل ، دون أن يكون لدى المدين من الأموال ما يكفى لوفائه . فيتفق مع

(١) انظر فى هذا المعنى ، وفى تبرير هذا الحل : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٤٩ ؛ وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى نقض١٨٤٣/١/٣١ (د. ١٨٤٣–١–٢٥٣) .

(٢) انظر فى الأصل التاريخى لهذا الفرض من الحلول فى القانون الفرنسى : جوجلار بند ٨٥١ ؛ جوسران بند ٨٩٢ ؛ كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٣١٤ .

آخر ، على أن يقرضه مبلغاً يفى به الدين ، وأن يحل المقرض (الموفى) محل الدائن الذى استوفى حقه .

وواضح أن هذه الصورة لا يمكن أن تشتبه بحوالة الحق . ففيها يتفق المدين على إحلال آخر محل الدائن دون حاجة لرضاء هذا الأخير [1]، حين أنه لا يتصور أن تتم حوالة الحق إلا بالاتفاق مع الدائن .

٤١٠- غير أن هذه الصورة من الحلول ، تنطوى على خطر التواطؤ بين المدين والغير ، الأجنبى عن الوفاء ، إضراراً بحق الدائن التالى فى المرتبة للدائن الذى استوفى حقه . فلو فرضنا أن (أ) دائن ، له تأمين عينى فى المرتبة الأولى ، (ب) دائن تال له فى المرتبة . أوفى المدين من ماله حق (أ) . يتقدم (ب) ليصبح فى المرتبة الأولى . يضطر المدين بعد ذلك إلى الاقتراض . يقترض (بعد الوفاء) مبلغاً من (جـ) . يمكن عندئذ للمدين أن يتفق مع (جـ) على الحلول محل (أ) ، بأن يقدما تاريخ عقد القرض ليجعلاه سابقاً على وفاء حق (أ) إضراراً بمصلحة (ب) .

ودرءاً لهذا التحايل ، تستوجب المادة ٣٢٨ ، التى أجازت الحلول بهذه الطريقة « أن يذكر فى عقد القرض ، أن المال قد خصص للوفاء ، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد » . وذلك ضماناً لعدم تأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء . ويجب بداهة ، ولو أن المشرع لم يذكر هذا الشرط صراحة ، أن يكون لعقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت ، حتى يمكن الاحتجاج بهما على الغير .

(١) ويرى فيهما كاربونييه (ص٤٧٩ بند ١٣٠) – تبعاً لذلك – نوعاً مما أسماه بـ العقد الجبرى « contrat forcé » .

المطلب الثانى

آثار الحلول

القاعدة : هى الحلول الكامل :

٤١١- إذا أوفى الموفى الدين للدائن ، فإن الأصل أن يحل محل الدائن (سواء كان الحلول قانونياً أو اتفاقياً) حلولاً كاملاً . وهذا ما عبرت عنه المادة ٣٢٩ حين قضت بأن « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن ، كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع [١]، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع » . وقد سبق أن أشرنا إلى أن هذا التصوير يتجاوز فى الواقع الهدف الأساسى من نظام الحلول ، وأنه قد يجعل من مصلحة الغير الموفى ، أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية بدلاً من دعوى الدائن . ونص هذه المادة من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى مزيد من البيان .

الحلول غير الكامل :

٤١٢- على أنه استثناء من الأصل سابق الذكر ، يقيد المشرع من

---

(١) وفى حكم حديث لها قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الموفى الذى حل محل الدائن يتمتع بكافة الدعاوى التى كانت تخص الدائن والتى تتصل مباشرة بالحق الذى حل فيه : انظر : نقض ١٩٨٣/١٢/٧ (د . ١٩٨٤-أ .ر-٢٤٧) . هذا ويسلم القضاء الفرنسى ، تبعاً لذلك ، بأنه إذا كان الموفى قد حل ، بما أوفاه من الثمن ، محل البائع ، كان له ما كان لهذا الأخير من حق فى الفسخ . انظر : نقض ١٩٦٣/٢/١٣ (د. ١٩٦٣-٣١٦ وتعليق فواران) ؛ نقض ١٩٦٥/١/١ (جـ. ك. ب ١٩٦٥-١-١٤١٨٧ وتعليق A. J) ؛ استئناف اميان ١٩٧٠/١/١٢ (جـ. ك. ب ١٩٧١-٢-١٦٨٧٢ وتعليق داجو وسبيتيرى) ؛ ويؤيد هذا الحل ضمنا ستارك بلد ٢٣٥٢ ؛ وانظر مع ذلك ، فى نقد هذا الاتجاه : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٥٨ .

الحلول فى بعض الحالات . فيكون فيها حلولاً ناقصاً . ويمكن تلخيص هذه القيود على النحو التالى :

١- يكون الحلول « بالقدر الذى أداه من ماله من محل الدائن » م٣٢٩ . فإذا كان الدائن قد قبل من الموفى مبلغاً أقل من كامل حقه ، وارتضاه سبباً لانقضاء الدين ، نازلاً عن الجزء الباقى ، فإن الموفى لا يحل محل الدائن فى حق هذا الأخير كله ، وإنما بالقدر الذى دفعه . فكأن المدين فى الواقع – هو الذى يفيد من هذا الإبراء الجزئى .

وأساس هذا القيد ، أن الموفى ، كما سبق أن ذكرنا ، بعيد عن المضاربة [1]، وذلك على العكس من المحال له الحق . فهذا الأخير الذى يغلب أن يكون مضارباً ، إذا اشترى حق الدائن المحيل بثمن أقل من قدر هذا الحق وحل محل الدائن ، فى الرجوع على المدين ، إنما يرجع بحق الدائن المحيل كله وليس بقدر ما دفعه .

٢- إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين بالدين كله للدائن ، فليس له – من ناحية – أن يرجع على باقى المدينين إلا بعد أن يستنزل حصته هو من الدين ، كما أنه لا يجوز له ، من ناحية أخرى « أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » . م٢/٢٩٧ .

٣- وعلى نفس النسق المقرر لحالة رجوع المدين المتضامن الذى أوفى بكل الدين ، على باقى المدينين بدعوى الدائن ، تقضى المادة ٣٣١ بأنه

---

(١) ولذلك يسلم الفقه الفرنسى أيضاً بهذا الحكم ، وعلى نفس الأساس ، رغم عدم وجود نص فى المجموعة المدنية الفرنسية مطابق للمادة ٣٢٩ مدنى ، انظر مثلاً ستارك بند ٢٣٥٩ .

« إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائن ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين ، إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » .

ويواجه هذا النص ، فرض ما لو كان الدين مضموناً برهن على عدة عقارات مملوكة للمدين ، ثم انتقلت ملكية هذه العقارات إلى أشخاص متعددين، فيكون كل منهم حائزاً للعقار المرهون ، وملزماً – بالتالى – بوفاء الدين عن المدين بموجب الرهن . فإذا أوفى أحد الحائزين بدين الدائن كله ، وحل محله فى الرجوع على باقى الحائزين ، فإنه لا يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين ، محسوباً على أساس نسبة قيمة ما يحوزه كل منهم من عقار ، إلى ما يحوزه الآخرون .

فلو فرضنا أن (أ) دائن بمبلغ ٦٠٠٠ جنيه ، وأن المدين قد رهن ثلاثة عقارات لضمان هذا الدين . قيمة العقار الأول ٩٠٠٠ جنيه ، والثانى ٦٠٠٠ جنيه ، والثالث ٣٠٠٠ جنيه . بيع العقار الأول إلى (ب) ، والثانى إلى (جـ) والثالث إلى (د) . أوفى (ب) بحق الدائن (أ) كاملاً ، وحل محله فى الرجوع على كل من (جـ) ، (د) . عندئذ يقسم الدين بين الحائزين الثلاثة: (ب) الموفى ، (جـ) و (د) بنسبة ٩٠٠٠ : ٦٠٠٠ : ٣٠٠٠ أى بنسبة ٣ : ٢ : ١ وبالتالى لا يكون لـ(ب) أن يرجع على (جـ) إلا بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، وعلى (د) إلا بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ويتحمل هو مبلغ ٣٠٠٠ جنيه . ومن هذا الحل يتضح أن الدين ينقسم فى العلاقة بين الحائزين ، تماماً كما ينقسم بين المدينين المتضامنين .

٤- إذا كان لحائز العقار المرهون الذى أوفى الدين للدائن المرتهن ، أن يحل ، بموجب صريح المادة ١٠٦١ « محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق » ، إلا أن هذا الحلول لا يشمل ، وفقاً لذات النص ، ما

كان من هذه الحقوق « متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين » ، ككفالة شخصية كانت أم عينية .

ويواجه هذا النص فرض ما لو كان حق الدائن مضموناً برهن قدمه المدين ، وبكفالة من جانب الغير ، شخصية كانت أم عينية . ثم تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الحائز الذى يفى بالدين ويحل بما أوفى محل الدائن . فعندئذ لا يستطيع الحائز أن يرجع على الكفيل ، بمقولة أنه يحل محل الدائن فى ذات حقه بما يكفله من تأمينات . لأن النص السابق يستثنى من هذه التأمينات ، ما قدمه شخص غير المدين ، كالكفيل .

وهذا الاستثناء له – فى الواقع – ما يبرره . فالكفيل ليس مسئولاً عن الدين فى مواجهة الحائز ، حتى يمكن القول برجوع الحائز عليه . إنه لم يكن مسئولاً عن الدين إلا فى مواجهة الدائن ، وما ارتضى كفالة حق الدائن إلا مطمئناً إلى الرهن الذى قدمه المدين ، وإلى أنه إذا اضطر إلى وفاء الدين ، فإنه سيحل محل الدائن فى الرجوع على المدين ، ليكفل حقه فى هذا الرجوع نفس الرهن الذى كان للدائن الموفى له . وتصرف المدين فى العقار المرهون إلى الحائز لن يغير من الأمر شيئاً . فسيظل من حق الكفيل إذا أوفى أن يحل محل الدائن وينفذّ بما أوفاه على العقار المرهون رغم انتقال ملكيته إلى الحائز ، وإلا فإن القول العكسى ، ليفقد الكفيل حقه فى الضمان الذى اعتمد عليه عندما قبل الكفالة ، وهو قول غير سائغ .

ومتى كان ذلك ، فإذا كان الحائز هو الذى أوفى ، فلن يجديه أن يرجع على الكفيل ، لأن الكفيل إذا دفع ، سيحل بدوره محل الدائن فى الرجوع على الحائز بدعوى الحلول ، مادام أن الحائز ، يكون بمقتضى الرهن مسئولاً عن الدين تجاه الكفيل .

٥- تقضى المادة ١/٣٣٠ [١] بأنه « إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه [٢]،[٣] مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »[٤] .

وهذا القيد منطقى ، بحسبانه تفسيراً معقولاً لإرادة الدائن الذى قبل الوفاء الجزئى ، وحلول الموفى محله فى هذا الجزء . ولولاه لكان من حق الموفى ، وفقاً للأصل فى الحلول ، أن يزاحم الدائن بما أوفى ، حين يرجع الدائن بما بقى له من حق على المدين . وهى نتيجة لو كان الدائن يعلمها منذ البداية لما قبل الوفاء الجزئى من الموفى .

فلو فرضنا أن (أ) دائن بحق قدره ١٢٠٠ ، أوفاه (ب) بمبلغ ٨٠٠ جنيه ، وكان الثمن الذى بيع به العقار الضامن للدين هو ٩٠٠ جنيه ، فإن (أ) يستوفى من هذا الثمن ، هو أولاً ، ما بقى له من حق ، وهو ٤٠٠ جنيه فلا يبقى لـ (ب) سوى ٥٠٠ جنيه . وكان مقتضى الحلول ، أن يقسم

---

(١) ويقابلها فى فرنسا نص المادة ١٢٥٢ مدنى .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الحكم : نقض (عرائض) ١٨٩٩/٢/١٣ (د . ١٨٩٩-١-٢٤٦) ؛ وانظر فى مبرراته : كاربونييه ص٤٨١ بند ١٣١ .

(٣) وفى هذا الحكم مظهر من بين مظاهر اختلاف الحلول عن حوالة الحق ، فقد سبق أن أشرنا إلى أنه إذا تمت حوالة جزء من حق فقط ، فإن المحال له يزاحم الدائن الأصلى فى التنفيذ بالجزء الذى أحيل إليه ، على أموال المدين ،ليقتسمها كل منهما قسمة الغرماء ، كل بنسبة حقه . انظر سابقاً بند ٣٣٢ ، وانظر أيضاً جوجلار بند ٨٥٩ .

(٤) ويرى الفقه الفرنسى أيضاً أن قاعدة عدم جواز أن يضار الدائن بما ارتضاه من الحلول الجزئى ، ليست من القواعد الآمرة ، ومن ثم فإن بإمكان الدائن أن يتنازل عن هذه الميزة . انظر ستارك بند ٢٣٦٠ ؛ جوجلار بند ٨٥٩ .

مبلغ الــ ٩٠٠ جنيه بين الدائن والموفى بنسبة ٤٠٠ جنيه (الباقى من الحق) إلى ٨٠٠ جنيه (ما دفعه الموفى) ، أى نسبة ١ : ٢ فيكــون للــدائن ٣٠٠ جنيه، وللموفى ٦٠٠ جنيه .

أما الفقرة الثانية من نفس النص ، فتواجه فرض ما لو « حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق » . عندئذ « رجع من حل أخيراً ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قســمة الغرمــاء » . فكأن ميزة التقدم ، المقررة بالفقرة الأولى ، لا تنتقل من الدائن إلى من يوفى له بالباقى من الدين . إذ لا مبرر – فى الواقع – للتفرقة بين الموفين .

فلو فرضنا فى المثال السابق ، أن (جــ) أوفى الجزء البــاقى مــن الدين وقدره ٤٠٠ جنيه وحل محل الدائن بدوره فى هذا الجزء ، فإن ثمــن العقار يقسم بين من حل أولاً (وهو ب) ومن حل أخيراً (وهو جــ) ، كل بنسبة ما دفعه ، أى بنسبة ٨٠٠ : ٤٠٠ ، فيكون نصيب (ب) ٦٠٠ جنيه ، ونصيب (جــ) ٣٠٠ جنيه .

الفصل الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

حصر ، وتقسيم :

ذكرنا أن الالتزام قد ينقضى بما يعادل الوفاء . ويعادل الوفاء من أسباب انقضاء الالتزام كل من : الوفاء بمقابل ، والتجديد والإنابة فى الوفاء ، والمقاصة ، واتحاد الذمة . ونخصص لكل من هذه الأسباب مبحثا مستقلا :

المبحث الأول

الوفاء بمقابل (أو الاعتياض)

La dation en paiement

المقصود به :

٤١٣– عرفنا أن الوفاء يجب أن يتم بذات (أو عين) ما التزام به المدين ، وأن من حق الدائن أن يرفض أى بديل عنه ولو كان مساويا له فى القيمة ، أو حتى كانت له قيمة أكبر .

غير أن الدائن قد يقبل من المدين – عند الوفاء – مقابلا آخر غير ما اتفقا عليه بداءة ، فينقضى الدين بحصوله على هذا المقابل ، ويقال عندئذ أن المدين قد أوفى بمقابل أو بطريق الاعتياض . وفى هذا الصدد ، تقضى المادة ٣٥٠ مدنى بأنه « إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء » .

٤١٤– ويغلب فى هذا النظام ، أن يكون المستحق أصلا للدائن هو مبلغ من النقود ، فيقبل الاعتياض عنه بشىء ينقل المدين ملكيته له بدلا منه .

لكن قد يقع أن يكون الاعتياض بشيء عن شيء آخر أو حتى عن عمل [١] أو امتناع [٢] عن عمل يكون المدين ملتزما به أصلا في علاقته بالدائن .

طبيعته القانونية :

٤١٥– وقد أثارت الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل جدلا في الفقه . وليس من شك ، بداءة ، في أن محاولة تحديد هذه الطبيعة ، بالانطلاق من أحد الفروض التي يقع فيها هذا النظام ولو كان هو الفرض الغالب . لابد ستنتهي إلى نتيجة غير دقيقة أو قاصرة ، لا تستجيب لهذا النظام في كل فروضه ، لأن بدايتها نفسها تكون غير صحيحة . كما أنه ليس من شك أيضا في أن الوفاء بمقابل ليس محض وفاء عادي ، لأنه لو كان كذلك وتقدم المدين بالفرض قد قدم للدائن مقابلا لا يملكه ، لترتب على بطلان الوفاء ، لعدم ملكية الموفى لما يفي به ، عودة الدين بجميع ما كان له من ضمانات ، حين أنه مع هذا النظام لا يعود الدين الأصلي إلى الوجود في مثل هذا الفرض ، ولا يكون للدائن – إذا ما استحق المقابل في يده – إلا أن يرجع على المدين بالتعويض عن هذا الاستحقاق [٣] .

٤١٦– ولا يعتبر الوفاء بمقابل ، كذلك ، مجرد تجديد للالتزام بتغيير محله ، لأن التجديد إذا كان يقضي على الالتزام القديم فإنما يقضي عليه بإنشاء التزام جديد يحل محله ويبقى – من ثم – بعده ولو لمدة قصيرة ، فيما لا يقصد الدائن والمدين في الوفاء بمقابل إنشاء

(١) في هذا المعنى جوجلار (دروس مازو) بند ٨٩٣ ، د . محمود جمال الدين زكي بند ٥٧٩ .

(٢) في هذا المعنى : د . محمود جمال الدين زكي ، الإشارة السابقة .

(٣) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨٣٨ .

التزام جديد [1] . كما أن هذا النوع من الوفاء يقتضى حتما أن يكون الاتفاق عليه مصحوبا بتنفيذه فعلا[2]، ومن ثم فإنه لا يجوز – فى هذا النظام – أن يكون المقابل شيئا مستقبلا ، أو مضافا تسليمه إلى أجل [3] .

٤١٧– وقد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، أن الوفاء بمقابل هو بيع تليه مقاصة ، فى معنى أن المدين يبيع للدائن الشىء الذى يقدمه بديلا عن الدين النقدى الأصلى ، بثمن يعادل تماما قيمة هذا الدين ، لتقع المقاصة بعد ذلك بين الدين والثمن . وواضح أن مثل هذا التكييف – إذا صح – لا يواجه كل فروض الوفاء بمقابل ، إذ لا يصح الكلام عن بيع ، مثلا ، إذا كان ما يستعاض عنه بنقل ملكية الشىء هو شىء آخر ، أو من باب أولى عمل أو امتناع عن عمل [4] . هذا إلى أن بعض أحكام البيع لا تنطبق على الوفاء بمقابل : فانتقال الملكية فى البيع ، لا يكون بالضرورة من فور التراضى ، وكذلك تسليم الشىء المبيع ، كما يجوز أن يكون هذا الأخير شيئا مستقبلا ، فيما يلزم – فى الوفاء بمقابل ، كما ذكرنا ، أن يكون انتقال ملكية الشىء البديل وتسليمه للدائن ، مصاحبا لقبول هذا الأخير لمبدأ الاعتياض [5] . ويضاف إلى ذلك أن من شأن اعتبار الوفاء بمقابل بيعا للشىء البديل أنه لو ظهر للموفى ، بعد الوفاء ، أن الدين ، الذى باع المقابل من أجل سداده

(١) يقترب من هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٩٢ .

(٢) فى هذا المعنى : جوجلار بند ٨٩٠ ، د . البدراوى بند ٣٤٦ . د . محمود جمال الدين زكى بند ٥٧٩ .

(٣) فى هذا المعنى : جوجلار بند ٨٩٠ .

(٤) أنظر فى هذا المعنى جوجلار بند ٨٩٣ .

(٥) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٦٢٩ ، جوجلار بند ٨٩٣ ، إيمار ، تعليق على نقض فرنسى (تجارى) ١٩٧٢/٦/٢٠ (د. ١٩٧٣–٣٢٥) .

للدائن ، غير موجود ، أو أنه نشأ عن تصرف باطل ، لم يجز له أن يسترد المقابل وإن كان له أن يطالب بثمنه [١] ، فيما تسمح قواعد الوفاء بمقابل – على العكس – بهذا الاسترداد ، من طريق دعوى رد غير المستحق [٢] .

٤١٨– والرأى السائد أن الوفاء بمقابل هو نظام قانونى مركب ، أو مختلط ، إذ هو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية . ويعنى ذلك أن الدين الأصلى فيه لا ينقضى بالوفاء ، ولا بالمقاصة ، وإنما ينقضى بالتجديد . أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى فينقضى بالوفاء به عينا من طريق نقل ملكية الشىء البديل . على أن تتم العمليتان ، عملية التجديد والوفاء بالالتزام الجديد ، فى نفس الوقت [٣]،[٤] .

---

(١) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ « وإن كانا يستدركان على ذلك حالة ما إذا كان وجود الدين قد اشترط كشرط للبيع » .

(٢) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ، د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨٣٨ ، د. البدراوى بند ٣٤٦ ، وأنظر فى عيب آخر لهذا التكييف أشار إليه د. السنهورى ج ٣ بند ٤٧٨ . كذلك يعيب مارتى ورينو على هذا التصوير أنه يجزئ بشكل مصطنع ، على وقتين ، عملية ، هى بوضوح عملية واحدة فى قصد المتعاقدين بند ٥٩٠ .

(٣) من هذا الاتجاه فى مصر : د . السنهورى ج ٣ بند ١٨٠ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٢٨١ ، د . إسماعيل غانم بند ٢٥١ ، ومن الفقه الفرنسى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ، كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٦٢٦ ، جوسران بند ٩٢٨ وقرب كاربونييه بند ١٢٨ ، ص ٤٧١ .

وأنظر – مع ذلك – تكييف الدكتور البدراوى له بأنه « عقد خاص ، يقصد به تمليك عين فى مقابل دين » بند ٣٤٧ .

(٤) ويشير الفقه الفرنسى إلى أن واضعى مجموعتهم المدنية ، يقدمون الوفاء بمقابل – أخذا بتقاليد القانون الفرنسى القديم – بحسبانه وفاءً يقضى الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكنه وفاء استثنائى ، أو بعبارة أخرى من نوع خاص ، لخروجه على المادة =

أحكام الوفاء بمقابل فى صورته الغالبة :

٤١٩– واجهت أحكام الوفاء بمقابل المادة ٣٥١ سابقة الذكر ، وذلك فى الفرض الغالب الذى يقع فيه ، حين يعرض المدين على دائنه ملكية شيء في مقابل الدين ، فقضت بأنه « يسرى على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » .

فكأن أحكام الوفاء بمقابل ، فى صورته الغالبة ، هى بموجب هذا النص ، مزيج من أحكام البيع وأحكام الوفاء ، وذلك على التفصيل التالى :

(أ) ما يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام البيع :

٤٢٠– يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام البيع ، فكرة ضمان الاستحقاق . فإذا كان الشيء الذى نقل المدين ملكيته للدائن كمقابل للوفاء ، غير مملوك له ، ومن ثم استحق في يد الدائن ، كان لهذا الأخير أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق ، تماما كما يرجع المشترى على البائع . ولكن الدين الأصلى لا يعود . حين أنه لو طبقنا أحكام الوفاء فى هذا الفرض، لكان للدائن ، إذا استحق الموفى به تحت يده ، أن يعود إلى مطالبة

= ١٢٤٣ حيث إنه يقضى على الدين ليس بذات الشيء المستحق كما تستوجب هذه المادة ، وإنما بالشيء الذى يقدمه المدين كمقابل .

انظر : جوجلار بند ٨٩٤ (وهو يصفه تبعا لذلك بأنه وفاء خاص جدا Payement très particulier وأنظر ستارك بند ٢٣٨٧ الذى يرى فيه يشبه التجديد بتغيير المحل ، ـع أو المقايضة .

المدين بالدين الأصلي ، حيث لم ينقض هذا الدين إذ يشترط في الوفاء حتى يقضى الدين ، أن يكون الشيء الموفى به مملوكا للمدين .

كما يسرى عليه من أحكام البيع أيضا ، فكرة ضمان العيوب الخفية [1] . وكذلك ضرورة تسجيل العقد المتضمن للوفاء بمقابل [2] ، حتى يمكن ترتيب أثره ، إذا كان محل هذا الوفاء عقاراً .

وفضلا عما تقدم ، يشترط في الوفاء بمقابل ، أن يكون الدائن اهلا لاستيفاء الدين ، وأن يكون المدين أهلا للتصرف في الشيء [3] الذى يقدمه كمقابل للوفاء .

(ب) ما يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام الوفاء :

٤٢١– يترتب على الوفاء بمقابل ، انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين الأصلي ، حتى ولو كان الموفى غير مالك للمقابل الذى أوفى به . وقد حرص المشرع على النص على هذا الأثر صراحة في خصوص الكفالة ، حين نص في المادة ٧٨٣ مدنى بأنه « إذا قبل الدائن أن يستوفى في مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء » [4] .

كما يسرى عليه من أحكام الوفاء ، ما قرره المشرع في خصوص تعيين جهة الدفع (خصم المدفوعات) ، عندما يكون للدائن في ذمة المدين عدة ديون .

---

(١) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٦٢٩ ، وأنظر – مع ذلك – نقض فرنسى (عرائض) ١٩٠٣/٣/٢٤ (د . ١٩٠٤ – ١ – ٤٨١) .

(٢)،(٣) في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ، جوجلار بند ٨٩٩

(٤) وتقضى بنفس الحكم أيضا المادة ٢٠٣٨ مدنى فرنسى ، وانظر في تطبيق لها: نقض فرنسى ١٨٨٨/١٠/٢٣ (د . ١٨٨٩ – ١ – ١٦٧) .

المبحث الثاني

التجديد

La novation

التعريف به ، ومدى أهميته :

٤٢٢- يقصد بالتجديد ، الاتفاق على انقضاء الالتزام القديم ، بإنشاء التزام جديد يحل محله ، ويختلف عنه ، إما في محله أو في مصدره ، أو في أحد طرفيه . أو هو بعبارة أخرى ، تحوير اتفاقي في أحد العناصر الجوهرية للالتزام الأصلي ، بهدف إنشاء التزام جديد يحل محله .

٤٢٣- ونظام التجديد ، بما يؤدي إليه من إمكان تغيير الدائن أو المدين ، كانت له أهميته في القانون الروماني ، الذي كان ينظر إلى الالتزام باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، يستحيل حوالتها إلى شخص آخر وإلا انهارت هذه الرابطة [(١)] . أما اليوم فإن أهميته قد تناقصت إلى حد بعيد ، بحيث يندر في الواقع اللجوء إليه في العمل ، خاصة في الشرائع التي تعرف حوالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، كما هو الحال في القانون المصري [(٢)]، [(٣)] . ففي هذه الشرائع ، يغني نظام الحوالة عن تجديد الالتزام

---

(١) راجع في تفاصيل ذلك ، جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٠٩ .

(٢) ونظرا لأن القانون الألماني يعرف حوالة الدين ، إلى جانب حوالة الحق ، فإن الملاحظ أن المجموعة المدنية الألمانية لم تذكر نظام التجديد ، واستغنت بالحوالتين عن التجديد بتغيير الدائن والتجديد بتغيير المدين . أما الفرض الخاص بالتجديد بتغيير الدين فقد جعلت منه حالة خاصة من حالات الوفاء بمقابل (في المادة ٣٦٤ – ٢) . راجع في هذا الشأن جوجلار بند ١٢٠٩ .

(٣) ونظراً لأن القانون الفرنسي لم ينظم حوالة الدين ، فإن الفقه هناك يرى أن التجديد ما تزال له أهميته في هذا القانون ، في مجال تغيير المدين . أنظر جوجلار بند ١٢٠٩ .

بتغيير أحد طرفيه . كما أن نظام الوفاء بمقابل قد يؤدى نفس الدور الذى يؤديه التجديد بتغيير الدين . وقد ساعد على تناقص أهمية التجديد أن انعقاده، فى بعض الصور ، قد يستلزم من الشروط ما هو أكثر من شروط انعقاد الحوالة . كما أنه يفقد الدائن الجديد من المزايا ما يظل باقيا للمحال له فى حوالة الحق ، وذلك على التفصيل الذى سنراه فيما بعد .

تقسيم :

ونقسم الدراسة فى التجديد إلى مطلبين ، نخصص أولهما لشروطه ، ونكرس الثانى لآثاره .

المطلب الأول

شروط التجديد

٤٢٤- لما كان التجديد سببا من أسباب انقضاء الالتزام عن طريق الاتفاق على إنشاء التزام جديد يحل محله ، فإنه يفترض توافر شروط ثلاثة : وجود التزام قديم ، ونشوء التزام جديد ، واتجاه النية ، عند الاتفاق على التجديد ، إلى إحلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم ، وهو ما يعبر عنه بنية التجديد .

أولا : ضرورة وجود التزام قديم :

٤٢٥- لما كان الالتزام الجديد لا ينشأ إلا بغرض أن يحل محل التزام قديم ، بما يجعل من التجديد - كما سبق أن أشرنا - طريقا من طرق انقضاء الالتزام ، فإنه لا يمكن تصور وجود التجديد إذا كان الالتزام القديم نفسه غير موجود ، لأن الاتفاق الذى أنشأ الالتزام الجديد سوف يعتبر - بالضرورة - باطلا فى هذه الحالة ، لتخلف سببه . ويتفرع على ذلك ، أن الاتفاق على التجديد يبطل إذا كان الالتزام القديم قد انقضى لأى سبب من أسباب

الانقضاء، أو كان قد نشأ عن عقد باطل بطلان مطلقا ، إذ يعتبر معدوما فى نظر القانون [1] .

ولما كان التصرف القابل للإبطال يعتبر موجودا من الوجهة القانونية إلى أن يقضى بإبطاله ، فإنه يجوز بالتالى تجديده ، وإن كان مصير هذا التجديد سيكون مرهونا بمصير الالتزام القديم . فإذا أبطل التصرف مصدر هذا الالتزام ، بطل التجديد تبعا لذلك . اللهم إلا إذا كان التجديد قد تم مع الطرف الذى كانت قابلية التصرف الأصلى للإبطال مقررة لمصلحته ، ذلك أن إقدامه على التجديد رغم علمه بحقه فى طلب الإبطال ، يعتبر إجازة ضمنية للتصرف القابل للإبطال ، فيستقر التجديد . وفى هذا الشأن تقضى المادة ٢/٢٥٣ مدنى بأنه « إذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحا ، إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله » [2]،[3] .

(١) بما يترتب عليه عدم صلاحيته للتجديد ، أنظر فى هذا المعنى نقض مصرى ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ ، نقض ١٩٧٤/١٢/٨ المجموعة ٢٥ – ٥٩ – ٣٥٨ ، وأنظر حكمها الصادر فى ١٩٧٥/٥/٢ وقد جاء فيه أن : القضاء نهائيا برفض دعوى صحة التعاقد ، تأسيساً على تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن ، يترتب عليه امتناع الادعاء بانقضاء الالتزام بدفع الثمن بتجديده ، المجموعة ٢٦– ١٩٨ – ١٠٤٠ وأنظر من الفقه الفرنسى : جوجلار بند ١٢١٥ .

(٢) ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصا مماثلا ، إلا أن الفقه الفرنسى يسلم أيضا بنفس الحكم ، أنظر مثلا : جوجلار بند ١٢١٥ ، ستارك بند ٢٣٦٤ ، مارتى ورينو بند ٨٣٤ ، كاربونييه بند ١٣٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ (وهو يشترط – بحق – أن يكون سبب الإبطال قد زال عند الاتفاق على التجديد) .

(٣) راجع فى إمكان تجديد الالتزام الشرطى ، حيث يكون الالتزام الجديد شرطيا هو الآخر : جوجلار بند ١٢١٥ ، مارتى ورينو بند ٨٣٤ « ما لم يكن الطرفان قد قصدا بوضوح أن يستبدلا بالالتزام الشرطى القديم التزاما بسيطا جديداً » . =

ثانياً : ضرورة نشوء التزام جديد :

٤٢٦- ويفترض هذا الشرط من ناحية ، أن ينشأ التزام يحل محل الالتزام الأصلى ، وأن يكون هذا الالتزام ، من ناحية أخرى ، جديداً ، يختلف عنه فى أحد عناصره .

(أ) نشأة التزام يحل محل الالتزام الأصلى :

٤٢٧- إن الالتزام الأصلي في التجديد لا ينقضي إلا لنشأة التزام جديد يحل محله . ومن ثم فلا يتصور التجديد ، ويبقى الالتزام القديم قائما ، إذا لم ينشأ الالتزام الجديد .

وعلى ذلك ، فإذا كان الاتفاق على إنشاء الالتزام الجديد باطلا بطلانا مطلقا ، أى لا وجود له فى نظر القانون ، فلا يتجدد الالتزام القديم ، ويظل باقيا على أصله [١] . وفى هذا المعنى تقضى المادة ١/٣٥٣ بأنه « لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان » . أما إذا كان هذا الاتفاق قابلا للإبطال ، وقع التجديد صحيحا ، وإن ظل مصيره مرهونا بمصير هذا الالتزام الجديد ، فإذا أبطل هذا الاتفاق ، بقى الالتزام القديم على حاله [٢] . ولما كان من شأن فسخ التزام ما

= وراجع فى الشك فى إمكان تجديد الالتزام الطبيعى : مارتى وريلو بند ٨٣٤ .

(١) أنظر : من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٦٩/١١/٢٨ (ح.ب ١٩٧٠-١-ملخص-١٨ ، د. ١٩٧٠-ملخص-١٠٥) ؛ نقض ١٩٣٩/٣/١٤ (ج.ب ١٩٣٩-١-٧٦٣ ، ر.ت ١٩٣٩ - ٧٧٢) .

(٢) وانظر مع ذلك - ما قضت به محكمة النقض الفرنسية ، من أنه إذا ما كان بطلان الالتزام الجديد يرجع إلى تدليس أحد المتعاقدين ، فإنه إذا ما قضى بإبطاله بناءً على طلب المدلس عليه ، فإن الالتزام القديم لا يعود إلى الظهور ، ما دام الطرفان =

أن يزول بأثر رجعي ، ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية ، فإنه إذا ما فسخ الالتزام الجديد، فإن التجديد يعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم يعود الالتزام القديم إلى الظهور [1] .

(ب) اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم :

٤٢٨- ويفترض التجديد ، كما يدل على ذلك اسمه ، أن يكون هناك تحوير في الالتزام القديم ، بحيث تتغير أحد عناصره الجوهرية : فإما أن يتغير الدائن ، أو يتغير المدين ، أو يتغير الدين ذاته بتغيير محله أو مصدره ، وذلك على التفصيل التالي :

١- التجديد بتغيير الدائن :

٤٢٩- وهو يتم وفقا للمادة ٣/٣٥٢ « إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد » .

ويظهر - على الفور - الفرق في طريقة الانعقاد بين هذه الصورة من التجديد وحوالة الحق ، رغم أن شخص الدائن الأصلي في كليهما هو الذي يحلقه التعبير . ففي التجديد بتغيير الدائن ، يلزم أن يشترك المدين في استبدال شخص الدائن ، حين أنه لا يلزم في حوالة الحق موافقة المدين ، وإن لزم إعلانه بالحوالة . بل ويختلف النظامان في الآثار : إذ يحل الدائن الجديد - في الحوالة - في ذات الحق الذي للدائن القديم ، بما يجعل من حقه أن يفيد من التأمينات التي كانت تضمن هذا الأخير ، حين أنه يترتب على

= قد اتفقا على انقضائه : نقض ١٩٧٠/٥/٥ (ج ب ١٩٧٠-٢-ملخص-٥٦) ، وانظر في تعجب ستارك من مثل هذا القضاء بند ٢٣٦٩ .

(١) في هذا المعنى : جوجلار بند ١٢١٦ ، مارتي ورينو بند ٥٩٠ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٣٩/٣/١٥ (ج ب ١٩٣٩-١-٧٦٣) .

التجديد – من حيث الأصل – انقضاء الدين القديم فتزول معه تأميناته ، الأمر الذى يجعل الدائن الجديد يفضل حوالة الحق على التجديد .

٢- التجديد بتغيير المدين :

٤٣٠- وهو يتم وفقا للمادة ٢/٣٥٢ بإحدى طريقتين :

– أن يتفق « الدائن مع أجنبى ، على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه » . ويطلق على هذه الصورة من صور التجديد التعهد بالوفاء .

– أو أن يحصل « المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى ، قبل أن يكون هو المدين الجديد » . على أن تبرأ ذمة المدين الأصلى ، فينعقد الاتفاق هنا برضاء الثلاثة ، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا ، الإنابة الكاملة .

٤٣١- ويظل هناك فارق مهم بين التجديد بتغيير المدين وحوالة الدين، لما يترتب على الأول من انقضاء الدين القديم نهائيا ، حين يحل المدين الجديد – فى حوالة الدين – فى ذات هذا الدين ، بصفاته ، وتوابعه ، وتأميناته ، ودفوعه .

٣- التجديد بتغيير الدين :

٤٣٢- ويرد التحوير هنا على الدين نفسه ، فيتغير محله ، أو مصدره، ومن ثم فالتجديد فى هذا الفرض لا يتصور إلا بين الدائن والمدين فى نفس رابطة الالتزام الأصلى . وفى هذا الصدد ، تقضى المادة ٣٥٢ بتجديد الالتزام بتغيير الدين « إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره » .

ومثال الاختلاف في المحل ، أن يستبدل ، بدفع مبلغ من النقود ، نقل

ملكية عين معينة أو العكس . وهنا قد يختلط الأمر بفكرة الوفاء بمقابل . حين أنه ، يبقى على العكس ، فارق مهم بين النظامين ، فى أن الاتفاق على الوفاء بمقابل ، ينفذ فوراً ، بتسليم المدين للمقابل الذى يرتضيه الدائن ، فيتم الوفاء على الفور . حين أن التجديد بتغيير المحل ، يقضى على الالتزام القديم ، بإنشاء التزام جديد يحل محله . هذا الالتزام الجديد لا ينقضى من فوره ، وإنما يبقى إلى حين تنفيذه بدوره على الوجه الذى اتفق عليه الطرفان .

ومثال التجديد بتغيير مصدر الدين ، أن يستبقى المشترى أو المستأجر، دين الثمن أو الأجرة ، على سبيل القرض . حين يفقد البائع والمؤجر ، بهذا التجديد ما كان لهما من امتياز قانونى فى استيفاء هذا الدين .

ثانيا : نية التجديد :

٤٣٣- لما كان التجديد عقدا ، به يستبدل الطرفان ، بالتزام قديم ، التزاماً آخر يحل محله ، فإنه ككل عقد ، يلزم فيه أن تتجه نية الطرفين إلى هذا الاستبدال . بمعنى إلى القضاء على الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد يحل محله . ولا خصوصية للتجديد من هذه الزاوية . ومع ذلك ، حرص المشرع على إبراز هذا الشرط صراحة ، حين نصت المادة ١/٣٥٤ على أن « التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » [(١)،(٢)] .

---

(١) وإن كان ذلك لا يعنى ضرورة أن يتضمن اتفاق الطرفين صريح لفظة التجديد . بل لا يلزم – فى نظر البعض – أن يذكر الطرفان صراحة أنهما يتنازلان عن الالتزام الأول ، أنظر فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٦٧ .

(٢) وفى هذا المعنى أيضا نص المادة ١٢٧٣ مدنى فرنسى . أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : نقض ١٩٨٣/١/٣١ (د . ١٩٨٣ ، أ .ر – ١٨٤) ، نقض (تجارى) ١٩٦٩/٦/٣ (ر .ت ١٩٧٠ – ٣٥١ وتعليق لوسوارن) .

ولعل حرص المشرع على هذا الاشتراط ، أنه كثيرا ما يدق تحديد نية الطرفين ، عندما يتجهان إلى إنشاء التزام جديد ، وما إذا كانا يقصدان من هذا الالتزام أن يحل محل الالتزام القديم ، أو يبقى إلى جانبه ، أو يقصدان باتفاقهما إلى مجرد تأييد الالتزام القديم وتأكيده . ومن ثم فبموجب هذا النص، يشترط أن تبرز نية التجديد بوضوح ، وذلك إما بالنص على التجديد صراحة في العقد ، أو باستخلاصه من ظروف تقطع في الدلالة عليه ، وإلا فإن الشك يؤول إلى نفيه [1] .

وقد أكد المشرع هذا المعنى ، حين ضمن المادة ٢/٣٥٤ بعض الوقائع التي اعتبرها – بذاتها – غير كافية لاستخلاص نية التجديد . فنصت هذه المادة على ما يأتي : « ويوجه خاص ، لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة » . كما قضت المادة ٣٥٥ في نفس المعنى بأنه :

« لا يكون تجديدا مجرد تقييد الالتزام في حساب جار .

٢- إنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره »

---

(١) وبديهي أن مسألة استظهار النية في هذا المعنى هي مسألة واقع ، تترك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع . أنظر في هذا المعنى : نقض فرنسي (عرائض) ١٩٠٨/١٢/٢٨ (د. ١٩٠٩-١-٢١٤) ، نقض ١٩٢٥/٧/٧ (د. ١٩٢٧-١-٢٢) ، نقض ١٩٢٨/١٢/١٧ (د . أ ١٩٢٩-٤٩) ، استئناف باريس ١٩٥٦/٦/٢٠ (ج.ب ١٩٥٦-٢-٩٠) ١٩٥٧/٣/١١ (ج . ب ١٩٥٧-١-٣٢٤ مورافعته كومبالديو استئناف نانسي ١٩٤٩/١٠/١٩ (د . ١٩٥٠- ملخص -١٢) ، استئناف روان ١٩٧٠/٦/١٠ (د . ١٩٧٠ - ٦٤٠) .

وهكذا ينظر المشرع إلى هذه الأمور التى وردت فى النصين على أنها من الأمور الثانوية ، بحيث أن إدخالها على الالتزام الأصلى لا يعتبر تحويرا جوهريا فيه ، يمكن أن يستفاد منه التجديد . فكأن هذه الوقائع – بذاتها لا تفيد معنى التجديد . اللهم إلا إذا وجد اتفاق صريح يقضى بوقوع التجديد لمجرد أمر من هذه الأمور . وهو الاستدراك الذى حرص المشرع على إدراجه آخر المادتين السابقتين .

المطلب الثانى

آثار التجديد [1]

٤٣٤– يترتب على التجديد من ناحية ، انقضاء الالتزام القديم ، ومن ناحية أخرى ، إنشاء التزام جديد يحل محله .

أولا : الأثر المسقط للتجديد :

٤٣٥– التجديد – كما سبق أن ذكرنا – طريق من طرق انقضاء الالتزام . فإذا ما تم مستوفيا شرائطه القانونية ، انقضى به الالتزام الأصلى[2] ، لتسقط معه بالتبعية جميع توابعه وضماناته وذلك بشكل نهائى لا رجعة فيه . فلا يكون بإمكان الدائن ، إذا لم يف المدين بالدين الجديد ، أن يفيد من الضمانات التى كانت تضمن الالتزام القديم .

٤٣٦– ومع ذلك قد يجيز المشرع – استثناء – أن تنتقل التأمينات

---

(١) راجع فى تفاصيل الآثار التى يرتبها التجديد فى القانون الفرنسى : جوجلار بند ١٢٢٧ – ١٢٣٠ ، ستارك بند ٢٣٧٠ – ٢٣٧٢ : مارتى ورينو بند ٨٤٠ ، كاربونييه بند ١٣٥ ص ٤٩٧ – ٤٩٨ .

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : استئناف باريس ١٩٥٦/٦/٢٠ (ج .ب ١٩٥٦–٢–٩٠) ، ١٩٥٧/٣/١١ (ج .ب ١٩٥٧–١–٣٢٤ ومرافعة كومبالديو) .

لتضمن الدين الجديد . مثال ذلك ، ما ورد النص عليه فى خصوص الحساب الجارى ، فى المادة ٢/٣٥٥ ، حين قضت بأنه « . . . يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » .

وقد تنتقل التأمينات – اتفاقا – لتضمن الدين الجديد . وقد نظم المشرع إمكان هذا الانتقال ، حين فرق فى هذا الشأن ، بين نوعين من التأمينات ، على التفصيل التالى :

(أ) التأمينات العينية التى قدمها المدين نفسه :

٤٣٧– هذه التأمينات يمكن أن تنتقل اتفاقا بموجب المادة ٣٥٧ لتضمن الدين الجديد . على أنه يشترط حتى ينفذ هذا الاتفاق فى حق الغير ، أن يتم – من ناحية – مع التجديد فى آن واحد ، إذ لو تم التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات ، فإنها تنقضى بالتبعية لانقضاء الدين القديم على أثر التجديد ، فلا يمكن بعثها من جديد مرة أخرى . وأن يكون تاريخ كل من التجديد والاتفاق على نقل التأمينات ثابتا – من ناحية أخرى – بوجه رسمى . كما أنه يلزم فضلا عن ذلك ، إذا كان التامين عقاريا ، أن يؤشر بالاتفاق على نقله ، على هامش القيد الأصلى .

٤٣٨– غير أن طريقة الاتفاق على نقل هذه التأمينات تختلف حسب الفروض المختلفة للتجديد ، وذلك على النحو التالى :

١– إذا كان التجديد بتغيير الدين ، فإن هذه التأمينات يمكن أن تنتقل ، بالاتفاق بين الدائن والمدين ، وذلك «فى الحدود التى لا تلحق ضررا بالغير » م ٣٥٧/أ . فإذا كان الدين الجديد أكبر من الدين القديم ، فإن التأمين لا يضمن من الدين الجديد إلا فى حدود قدر الدين القديم ، وذلك

حماية لدائن ذى تأمين عينى تال فى المرتبة ، على نفس العقار الذى يرد عليه تأمين الدائن ، الذى أجرى التجديد مع المدين . فلو فرضنا أن (أ) دائن بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ويضمن حقه فى مواجهة المدين رهن قدمه هذا الأخير على عقار قيمته ١٥٠٠ جنيه وكان ذات العقار مرهونا لـ (ب) وهو دائن تال فى المرتبة لقاء دين قدره ٥٠٠ جنيه . فإذا جدد (أ) الدين مع المدين ، واتفق على نقل التأمين ليضمن الدين الجديد ، وكان مقدار هذا الأخير ١٥٠٠ جنيه ، فإنه رعاية لحق (ب) ، لا يضمن الرهن من الدين الجديد إلا ١٠٠٠ جنيه فقط .

٢- وإذا كان التجديد بتغيير المدين « جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية ، دون رضاء المدين القديم » م ٣٥٧/ب . ومعنى ذلك أن المدين القديم يصبح دون رضائه كفيلا عينيا للمدين الجديد .

٣- أما إذا كان التجديد بتغيير الدائن « جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » م ٣٥٧/ج .

(ب) التأمينات المقدمة من الغير :

٤٣٩- أما التأمينات المقدمة من الغير ، شخصية كانت (كالكفالة أو التضامن) أم عينية ، فإنها لا تنتقل لتضمن الالتزام الجديد « إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » م ٣٥٨ .

ثانيا : الأثر المنشئ للتجديد :

٤٤٠- ويترتب على التجديد ، إلى جانب أثره المسقط ، إنشاء التزام جديد ، له خصائصه الذاتية المستقلة عن الالتزام القديم . ولما كان التجديد

اتفاقا ، فإن الالتزام الجديد يكون دائما التزاما عقديا . حين أن الالتزام القديم قد يجد مصدره فى غير العقد .

ولما كان الالتزام الجديد الذى نشأ ، إنما يسقط الالتزام القديم ، فإن معنى ذلك ، أن المدين – حين يكون التجديد بتغيير الدائن – لا يعد بإمكانه أن يدفع فى مواجهة الدائن الجديد ، بالدفوع التى كان يمكن أن يبديها فى مواجهة الدائن الأصلى . مع ملاحظة ما سبق أن ذكرنا ، من ضرورة أن يكون الالتزام القديم قد نشأ على نحو صحيح . وإلا فإذا كان يجد مصدره فى تصرف باطل ، فبطل التجديد تبعا لذلك ، فإن المدين يستطيع أن يدفع بهذا البطلان . كما أن للمدين ، إذا كانت قابلية الالتزام الأصلى للإبطال مقررة لمصلحته ، أن يطلب إبطاله ، فيسقط التجديد بالتبعية لبطلان العقد الأصلى ، ما دام أنه لم يستخلص من التجديد اتجاه نية المدين إلى التنازل عن حقه فى الإبطال .

المبحث الثالث

الإنابة فى الوفاء

La délégation

تعريفها :

٤٤١– الإنابة فى الوفاء هى عمل قانونى ، بموجبه يلتزم شخص أجنبى عن الدين ، بوفاء دين المدين لدائنه ، وذلك باتفاق ثلاثتهم .

فإذا كان مؤدى هذا الاتفاق أن تبرأ ذمة المدين ، ويتحمل هذا الأجنبى الدين عنه ، كانت الإنابة كاملة . أما إذا لم يتضمن الاتفاق هذا المعنى ، تحمل هذا الأجنبى الدين إلى جانب المدين ، وكانت الإنابة ناقصة .

وتتميز الإنابة – وهى فى ذلك تختلف عن حوالة الدين – بوجود ثلاثة

أطراف منذ البداية . المدين . ويقال له (المنيب) ، والأجنبي عن المدين ، ويقال له (المناب) ، والدائن . ويقال له (المناب لديه) .

الغرض منها :

٤٤٢– ويغلب في الإنابة أن تكون هناك علاقة سابقة بين المنيب والمناب ، يكون فيها الثاني مدينا للأول . فيحصل المنيب على رضاء دائنه (المناب لديه) بالتزام المناب بالوفاء بالدين بدلا منه ، ويرتضي المناب تحمل هذا الالتزام قضاء لدينه بدوره في مواجهة المنيب . فإذا اتفق ذلك بينهم ، انقضى بعملية واحدة ، دين المناب في مواجهة المنيب ، ودين المنيب في مواجهة المناب لديه . ونشأ محل هذين الدينين علاقة واحدة بين المناب والمناب لديه .

غير أن علاقة المديونية هذه ، ليست شرطا للإنابة وفي هذا المعنى تقضي المادة ٢/٣٥٩ مدني بأنه « ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي » . ولذلك ، فقد يقصد المناب من قبول الإنابة ، إما التبرع بقيمة ما يلتزم به في مواجهة المناب لديه للمنيب ، أو إلى إقراضه هذه القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك .

نوعاها :

٤٤٣– تكون الإنابة ، كما سبق أن ذكرنا – إما كاملة أو ناقصة .

أولا : الإنابة الكاملة :

٤٤٤– تكون الإنابة كاملة ، إذا تضمن الاتفاق عليها ، أن تبرأ ذمة المدين الأصلي (المنيب) في مواجهة الدائن (المناب لديه) وذلك بحلول المناب محله . وهي بهذا الشكل تتضمن معنى تجديد الدين بتغيير المدين .

ولعل هذا هو السبب الذى جعل المشرع يعالج الإنابة (فى صورتيها) فى الفصل المخصص لتجديد الالتزام .

وتفترض الإنابة الكاملة – تماما كما يفترض التجديد – توافر الشروط التالية :

١- أن يكون الاتفاق عليها صريحا ، أى قاطعا فى الدلالة على أن ذمة المدين (المنيب) ستبرأ بالإنابة ، فى مواجهة الدائن (المناب لديه) ، لأن التجديد – كما سبق أن ذكرنا – لا يفترض . ومع ذلك فقد حرص المشرع على إبراز هذا الشرط ، حين قضى فى المادة ٢/٣٦٠ بأنه « لا يفترض التجديد فى الإنابة » [(١)].

٢- أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا م ١/٣٦٠ . وهذا الشرط تقتضيه – بدوره – فكرة التجديد ، ما دام أن الالتزام القديم لا ينقضى فى التجديد – إلا بنشوء التزام جديد يحل محله ، الأمر الذى يفترض أن يكون هذا الأخير صحيحا . وعلى نفس النسق، لا تبرأ ذمة المدين الأصلى (المنيب) فى مواجهة الدائن (المناب لديه) إلا إذا كان الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا .

٣- « ألا يكون المناب معسرا وقت الإنابة » م ١/٣٦٠ . ورغم ما قد يبدو للوهلة الأولى ، من أن هذا الشرط مما تنفرد به الإنابة الكاملة ، إلا أن تحليله ، يظهر فى الواقع ، إمكان رده إلى شرط نشوء الالتزام الجديد ، حتى يمكن أن ينقضى الالتزام القديم فى خصوص التجديد . فالأثر المسقط للتجديد ، يفترض كما سبق أن ذكرنا – ضرورة نشوء

(١) وعلى نفس النسق تقريباً يجرى نص المادة ١٢٧٥ مدنى فرنسى .

الالتزام الجديد ، وإلا فإذا نشأ هذا الأخير قابلا للإبطال لمصلحة الدائن ، كان له أن يبطله ، ليرجع بدينه على المدين القديم ، باعتبار الالتزام القديم لم ينقض . وعلى نفس النسق ، إذا كان المناب معسراً وقت الإنابة ، فلا يعقل أن يقبلها المناب لديه إلا عن غلط في ملاءة المناب . فيكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب لديه قد نشأ قابلا للإبطال لمصلحته . فيكون التجديد فى الإنابة قابلا للإبطال بدوره ، بما يسمح للمناب لديه أن يرجع على مدينه الأصلى (المنيب) .

ثانيا : الإنابة الناقصة :

٤٤٥- إذا لم يكن هناك اتفاق صريح على تجديد الالتزام بتغيير المدين فى الإنابة ، وقعت هذه الأخيرة ناقصة [١] . وهذا هو الأصل فى الإنابة ، إذ يغلب ألا يقبل الدائن (المناب لديه) بهذا النظام ، براءة ذمة مدينه الأصلي (المنيب) ، وانقضاء التزامه . ويكون مؤدى الإنابة فى هذه الصورة ، أن يبقى المدين الأصلى (المنيب) ملزما بالدين إلى جانب المناب فى مواجهة المناب لديه ، بما يجعل للإنابة هنا دور التأمين الشخصى ، إذ يصبح للدائن مدينان : المدين الأصلى (المنيب) ، والمدين الجديد (المناب لديه) . ويكون له أن يرجع على أى منهما بحقه . وهذه صورة من صور الالتزام التضاممى الذى يتميز عن الالتزام التضامنى بتعدد المصدر فيه . وهنا إذا كان محل التزام كل من المدين الأصلى (المنيب) والمدين الجديد (المناب) واحدا ، وكان من حق الدائن أن يرجع على أيهما ، إلا أن لالتزام كل مدين منهما مصدرا مستقلا عن التزام الآخر : فالتزام المدين الأصلى

---

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى فى هذا المعنى : حكمى استئناف ليون فى ١٩٨٢/٤/٢٠ ، ١٩٨٢/٢/٢٥ (د. ١٩٨٣-٥٨٦ وتعليق لاندرو) . نقض ١٩٧٠/٦/٥ (د. ١٩٧٠-٧٢٧) .

يجد مصدره فى العلاقة الأصلية بينه وبين الدائن ، أما مصدر التزام المدين الجديد فهو عقد الإنابة . حين يفترض الالتزام التضامنى – على العكس – وحدة مصدر الالتزام الذى يتضامن المدينون جميعا فى وفائه للدائن .

فإذا اختار الدائن أن يرجع على المدين الجديد (المناب) ، وأوفى هذا الأخير بالدين ، انقضت ديون ثلاثة : دين المناب فى مواجهة المناب لديه ، ودين المنيب فى مواجهة المناب لديه ، ودين المناب فى مواجهة المنيب إذا كانت بينهما علاقة مديونية سابقة هى التى شكلت أساس قبول المناب لتحمل دين المنيب .

تجرد التزام المناب من السبب فى مواجهة المناب لديه :

٤٤٦– تقضى المادة ٣٦١ بأنه « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا ، أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع . ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب » .

ومؤدى هذا النص ، أن التزام المناب فى مواجهة الدائن (المناب لديه)، سواء كانت الإنابة كاملة أو ناقصة ، هو التزام مجرد عن السبب ، ما دام أنه يمتنع على المناب – بموجب هذا النص الذى يجرى على خلاف القواعد العامة – أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأى دفع ينشأ عن العلاقة التى تربطه بالمنيب . فيظل المناب ملتزما بالدين فى مواجهة المناب لديه ، ولو كانت علاقة المديونية السابقة التى تربطه بالمنيب ، والتى على أساسها قبل الإنابة ، علاقة مشوبة بالبطلان ، أو كان دينه فى مواجهة المنيب قد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء . ولا يبقى للمناب – فى هذه الحالة – سوى أن يرجع على المنيب الذى أوفى عنه ، بالدعوى الشخصية

المقررة لكل من يوفى دين غيره ، والتى تتأسس إما على أساس الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال .

وقد قصد المشرع بتجريد التزام المناب فى مواجهة المناب لديه ، أن يحقق استقرار المعاملات وسرعتها . ومن ثم كانت للإنابة أهميتها فى المعاملات التجارية ، حيث لا يضطر المناب لديه أن يتحرى صحة العلاقة بين المنيب والمناب .

على أن نص المادة ٣٦١ قد أجاز أن يجرى الاتفاق على غير ذلك . ومن ثم يصح – وتجريد الإنابة من الدفوع هو مبدأ مقرر لمصلحة المناب لديه – أن ينزل هذا الأخير عنه ، ليقبل من المناب أن يكون له الحق فى أن يدفع فى مواجهته بجميع الدفوع التى تكون له فى علاقته بالمنيب .

المبحث الرابع

المقاصة

La Compensation

التعريف بالمقاصة ، ووظيفتها ، وتمييزها عن غيرها ، وأنواعها :

٤٤٧– المقاصة هى طريق من طرق انقضاء الالتزام ، حين يصبح المدين دائنا لدائنه ، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما [(١)] ، ليتعين على المدين بالجزء الباقى أن يفى به بالطريق العادى .

٤٤٨– فالمقاصة بهذا الشكل تقوم بوظيفة الوفاء المزدوج : إذ تقضى على الدين الأقل كلية ، وتقضى جزئيا على الدين الأكبر . ومثال ذلك أن

(١) وقد عرفها جوجلار – تبعا لذلك – بأنها عملية « طرح قانونية une Soustraction Juridique ».جوجلار (دروس مازو) بند ١١٤٢ .

يكون (أ) دائناً لـ (ب) بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، ثم يصبح (ب) دائنا لـ (أ) بمبلغ ٦٠٠ جنيه . فتقع المقاصة بين هذين الدينين ، لينقضيا بقدر الأقل منها ، فلا يبقى على (ب) واجب الوفاء ، سوى مبلغ ٤٠٠ جنيه . وهي بهذا الشكل توفر في استعمال النقود وفي تحركها ، الأمر الذي يجعل لها دوراً بالغ الأهمية في العلاقات التجارية والمصرفية [١] .

ويلاحظ في المثال السابق ، أن حق (أ) في مواجهة (ب) قد انقضى جزئيا بوقوع المقاصة في جزء منه ، ومن ثم تكون المقاصة كما سبق أن ذكرنا أحد الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم تجزئة الوفاء .

غير أن المقاصة ، فضلا عن كونها أداة وفاء ، تعتبر من ناحية أخرى أداة ضمان ، ما دام أنها تخول الدائن أن يستأثر بالدين الذي في ذمته للطرف الآخر ، دون غيره من دائني هذا الأخير ، وذلك عن طريق خصم ما له من حق في مواجهته ، مما هو مدين به نحوه [٢] الأمر الذي يقيه احتمال إعسار هذا المدين ومزاحمة سائر دائنيه له . ففي المثال سابق الذكر ، يخصم مبلغ الـ ٦٠٠ جنيه التي أصبح مدينا بها لـ (ب) من حقه في مواجهة هذا الأخير . فكأنه بهذا الشكل ، يستوفي هذا المبلغ من ذمة (ب) المالية مفضلا عن سائر دائني (ب) الآخرين . وبالمقابلة ، يخصم (ب) من دينه في مواجهة (أ) ، وهو الـ ١٠٠٠ جنيه ، مبلغ الـ ٦٠٠ جنيه الذي أصبح دائنا به له . فكأنه بهذا الشكل يستوفي هذا المبلغ مفضلا عن سائر دائني (أ) .

(١) أنظر جوجلار بند ١١٤٥ .

(٢) وهذه الوظيفة للمقاصة – بما تخوله للدائن من أولوية على غيره من دائني مدينه ، هي التي تفسر – في نظر البعض – تردد التشريعات إزاءها ، وإحاطتها بالعديد من الشروط . أنظر جوجلار بند ١١٤٥ .

٤٤٩- والنظر إلى المقاصة باعتبارها أداة ضمان ، يقرب بينها وبين الحق فى الحبس ، مادام بإمكان الحابس ، كما سبق أن بينا - أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة دائنى المحبوس ضده ، بما يجعل لـه مـن الناحيـة الفعلية الأولوية على هؤلاء الدائنين فى استيفاء حقه من المحبوس ضده . كما يقرب بينها كذلك وبين الدفع بعدم التنفيذ ، حيث يكون من حـق الـدافع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المدفوع فى مواجهته (١) .

أما النظر إلى المقاصة باعتبارها أداو وفاء ، أو بعبارة أخرى ، سببا لانقضاء الالتزام ، فإنه - على العكس - يباعد بينها وبين كل مـن الحـبس والدفع ، مادام أن كلا هذين الأخيرين لا يعدو أن يكون امتناعا مؤقتـا عـن تنفيذ الالتزام ، ولا ينقضى بهما التزام الحابس بالرد ، أو التزام الدافع بتنفيذ التزامه فى مواجهة الطرف الآخر .

غير أنه أيا ما كان وجه التقارب بين المقاصة والحق فى الحـبس أو الدفع بعدم التنفيذ ، إلا أنها - فضلا عن اختلافها عنهما فى الأثر على نحـو ما سبق بيانه - تختلف عنهما كذلك فى النطاق والشروط علـى نحـو مـا سيتضح من خلال ثنايا هذه الدراسة .

٤٥٠- هذا ويشترط المشرع فى المادة ٣٦٢ مدنى عدة شروط ، إذا توافرت ، تعين على القاضى أن يحكم بوقوع المقاصة متى تمسك بها من له

---

(١) راجع فى التفرقة بين المقاصة والدفع بعدم التنفيذ

PILLEBOUT (J .F) : Recherches sur l'excption d'inexécution 1971 Spéc No 58 et S .

وراجع فى التفرقة بينها والحق فى الحبس : كاربونييه بند ٢٣٢ ص ٤٨٣ ، وفى التفرقة بينها وكل من الفكرتين : د . السنهورى ج ٣ بند ٥٢٦ ، وراجع - بوجه عام - فى الطبيعة القانونية للمقاصة : ماتى ورينو بند ٦٣٦ ، جوسران بند ٩٣٤ ،

MENDEGRIS (R) : La nature Juridique de la compensation , 1969 .

مصلحة فيها ، ليرجع أثر المقاصة إلى الوقت الذى توافرت فيه هذه الشروط، لا إلى وقت التمسك أو حكم القاضى بها ، وتسمى المقاصة عندئذ بالمقاصة القانونية .

غير أن عدم توافر بعض هذه الشروط – ابتداء – لا يحول بين ذوى الشأن وبين الاتفاق على إيقاع المقاصة ، حين تسمى فى هذه الحالة بالمقاصة الاتفاقية . كما أنه لا يحول أيضا بين ذى المصلحة وبين أن يطلب من القضاء أن يذلل له ما يعترض وقوع المقاصة القانونية . فإذا استجاب القاضى لطلبه ، حكم بوقوع المقاصة ، حين تسمى هنا بالمقاصة القضائية . وهى لا تعدو – كما سنرى فيما بعد – أن تكون نوعا من المقاصة القانونية ، ما دام أن حكم القاضى لا يعدو أن يكون مقررا وليس منشئا لها .

تقسـيم :

ونوزع الدراسة فى هذا المبحث على مطلبين : نخصص الأول للمقاصة القانونية ، لنكرس الثانى لكل من المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية .

المطلب الأول

المقاصة القانونية

تقسـيم :

نعرض فى هذا المطلب ، لشروط المقاصة القانونية ، وأحكامها كل فى فرع مستقل .

الفرع الأول

شروط المقاصة القانونية

٤٥١– عرض المشرع لشروط المقاصة فى المادة ٣٦٢ مدنى .

واستعراض هذه الشروط يتضح منه أن بالإمكان ردها إلى فكرة واحدة ، هى أن المقاصة نوع من الوفاء الذى يقع بقوة القانون ، أو بعبارة أخرى ، نوع من الوفاء القهرى [1] . ويمكن تلخيص هذه الشروط ، فى ضرورة وجود دينين متقابلين ، متماثلين فى المحل ، خاليين من النزاع ، مستحقى الأداء ، صالحين للمطالبة بهما قضاء ، قابلين للحجز . وذلك على التفصيل التالى .

١- التقابل بين الدينين :

٤٥٢- لما كانت المقاصة تقع بين ما هو مستحق على المدين لدائنه ، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ، فإنها تفترض - عندئذ - تقابل الدينين ، بمعنى أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر ، فى نفس الوقت ، وبذات الصفة [2] . فلا يجوز مثلا لمن أحال حقه ، أن يتمسك - بعد نفاذ هذه الحوالة - بالمقاصة بين ما كان له من حق فى مواجهة المدين ، وبين ما نشأ لهذا الأخير من دين فى مواجهته ، وذلك لعدم تلاقى الدينين فى نفس الوقت . كما لا يجوز لمدين الشركة أن يتمسك بالمقاصة بين دينه فى مواجهة الشركة وما نشأ له من حق فى مواجهة أحد الشركاء بصفته الشخصية ، وذلك لأن كلا من الطرفين ليس دائنا ومدينا للآخر بنفس الصفة [3] .

لكن المقاصة تقع ، إذا توافر هذا الشرط ، حتى « ولو اختلف سبب الدينين » م ١/٣٦٢ ، أو انقطعت الصلة بينهما . وفى هذا تختلف المقاصة

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٦٠ ص ٩٣٦ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الشرط : استئناف باريس ١٩٦٢/١١/٢٩ (د. ١٩٦٣-٦٤٩ وتعليق فيردييه (ج م) .

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٠٥/٢/٧ (د. ١٩٠٥-١-٤٣٢) .

عن الدفع بعدم التنفيذ ، الذى يفترض حتما أن يكون الالتزامان المتقابلان ناشئين من مصدر واحد هو العقد الملزم للجانبين . وعن الحق فى الحبس الذى يفترض بدوره وجود ارتباط بين الالتزامين المتقابلين .

٢- التماثل بين الدينين فى محلهما :

٤٥٣- لما كانت المقاصة أداة وفاء ، ينقضى بها حق الدائن ، الذى يتمسك ذو الشأن فى مواجهته بالمقاصة ورغما عنه ، وكان من حق كل دائن أن يحصل على ذات ما التزم به المدين فى مواجهته ، ولا يمكن جبره على قبول غيره ، فقد اشترطت المادة ٣٦٢ لإمكان وقوع المقاصة القانونية ، أن يكون موضوع كل من الدينين « نقودا [١] ، أو مثليات متحدة فى النوع والجودة » . وفيما عدا النقود ، والمثليات التى تتحد ، ليس فحسب فى نوعها ، وإنما كذلك فى درجة جودتها ، لا تقع المقاصة [٢] (كما لو كان محل الالتزامين عملا أو امتناعا ، ولو تماثلا) .

٣- خلو الدينين من النزاع [٣]:

٤٥٤- ويحول بين الدينين وإمكان المقاصة بينهما ، أن يكون أحدهما

---

(١) وقد اشترطت بعض الأحكام فى فرنسا ، أن يكون الدينان النقديان المتقابلان ، من نوع واحد من العملة : أنظر : استئناف باريس ١٩٤٣/٢/٥ (ر .ت ١٩٤٤ - ١١٧ وتعليق هـ . وليون مازو) ، استئناف باريس ١٩٤٣/٧/١٩ أشار إليه جوجلار بند ١١٤٨ هامش ٢ .

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٨٣/١٢/١٤ (د . ١٩٨٤- ٣١٠ وتعليق بريتون) .

(٣) راجع من تطبيقات القضاء المصرى لهذا الشرط : نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٤٧ ص ٨٣٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨-١٦٠- ٩٣٦ ، نقض ١٩٧٣/٣/٣ المجموعة ٢٤ - ٦٧ - ٣٧٢ .

متنازعا فيه نزاعا جديا ، سواء في وجوده أو في مقداره [1] . إذ يلزم في المقاصة ، باعتبارها نوعا من الوفاء الجبرى ، أن يكون كل من الدينين محققا في وجود ، ومحددا في مقداره . فلا تقع المقاصة – على سبيل المثال – بين دين منجز وآخر معلق على شرط واقف ، لأن الثانى – في فترة التعليق – لا يعدو أن يكون مجرد احتمال غير محقق . كما أن المضرور ، لا يستطيع أن يقاصى بين حقه في التعويض قبل مرتكب الفعل الضار ، وبين ما عليه من دين له . لأن دين التعويض ، قبل تقديره قضاء أو اتفاقا ، لا يكون مؤكدا أو محددا في مقداره .

٤ – استحقاق الدينين للأداء [2]، [3].

٤٥٥– ولما كان من غير الجائز جبر المدين على الوفاء بالتزامه قبل حلول أجل هذا الالتزام ، فإنه لا يجوز أن تقع المقاصة بين دين حال وآخر مضاف إلى أجل ، وإلا كان معنى ذلك ، أن المدين بالتزام حال ، يجبر المدين بالتزام مؤجل . على أن يفى له بالدين قبل حلول أجله بطريق غير مباشر ، وهو غير جائز .

---

(١) راجع ، من تطبيقات القضاء المصرى لشرط أن يكون كلّ من الدينين معلوم المقدار : نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ ، نقض ١٩٧٣/٣/٣ سابق الإشارة .

(٢) راجع من تطبيقات القضاء لهذا الشرط : نقض مصرى ١٩٧٧/٣/٣٠ سابق الإشارة ، وفى فرنسا استئناف ديجون ١٩١٠/٤/٢١ (د. ١٩١٣–٢– ٧٦) .

(٣) وفى فرنسا : يستبعد القضاء شرطى استحقاق الأداء وتعيين المقدار ، حينما يكون هناك ارتباط بين الدينين المتقابلين ، بمعنى حينما يكونان ناشئين من رابطة قانونية واحدة . أشار لهذا الاتجاه : جوجلار بند ١١٥٠ ، ستارك بند ٢٤٤٩ ، وأنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٦٧/١/١٨ (د. ١٩٦٧–٣٥٨ وتعليق ج – مازو – ج. ك. ب ١٩٦٧–١٥٠٠٥ وتعليق JA) .

غير أنه يجدر التنويه في هذا الصدد ، إلى أن الأجل القضائي (نظرة الميسرة) ، أو الأجل الذي يتبرع به الدائن لمدينه ، لا يحول دون المقاصة ، إذا أصبح هذا المدين دائنا لدائنه [1] . فالقاضي أو الدائن ما منحا المدين هذا الأجل إلا لضيق ذات يده ، فإذا أصبح قادرا على الوفاء ، لما نشأ له من حق في مواجهة الدائن ، زالت العقبة من طريق المقاصة [2] . وفي هذا المعنى تقضي الفقرة ٢ من المادة ٣٦٢ بأنه « ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن » .

٥- صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء :

٤٥٦- ويبرر هذا الشرط - بدوره - أن المقاصة نوع من الوفاء الجبري . ويفترض هذا الأخير - بداهة - أن يكون الوفاء واجبا على المدين ، بحيث إذا لم يقم به اختيارا أمكن قهره عليه بواسطة القضاء .

ومتى كان ذلك ، فإن المقاصة لا تقع بين التزام مدني وآخر طبيعي ، ما دام أن هذا الأخير لا يمكن جبر المدين على وفائه . ولا بين دين مستحق الأداء ، وآخر سقط قبل ذلك - بالتقادم .

٦- قابلية كل من الدينين للحجز م/ ٣٦٤- جـ

٤٥٧- فصاحب الحق غير الجائز الحجز عليه ، لا يمكن التمسك في مواجهته بالمقاصة بين هذا الحق وبين ما عليه من دين للمدين به ، فلا يجوز للزوج - على سبيل المثال - أن يتمسك بالمقاصة بين ما له من دين في مواجهة زوجته ، وبين ما هو ملتزم به نحوها من دين النفقة التي حكم لها

---

(١) في هذا المعنى :جوجلار بند ١١٤٩ .

(٢) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٤٥ .

بها ، لأن حقها فى النفقة من الحقوق التى منع المشرع الحجز عليها . وإجازة المقاصة فى هذا النوع من الحقوق ، سوف تهدر – بطريق غير مباشر – الهدف الذى من أجله حرص المشرع على عدم جواز الحجز عليها .

* * *

٤٥٨- فإذا توافرت هذه الشروط ، أمكن وقوع المقاصة القانونية ، حتى « ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين » (م ٣٦٣) كل ما فى الأمر ، أنه يجب على المدين الذى يتمسك بها فى هذه الحالة « أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق ، أو الوفاء بما عليه من دين ، فى المكان الذى عين لذلك » م ٣٦٣ .

الفرع الثانى
أحكام المقاصة القانونية

نطاق المقاصة القانونية :

٤٥٩- الأصل أن المقاصة تجوز فى كل الديون [1] ، أيا كان مصدرها . إلا أن المشرع قد استثنى فى المادة ٣٦٤ حالتين ، لم يجز فيهما المقاصة ، ولو توافرت الشروط السابقة ، وهما :

(أ) « إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه ، وكان مطلوبا رده » .

---

(١) وانظر فيما قضى به فى فرنسا من أن الأصل أن حقوق الدولة لا تتقاصى مع ما عليها من ديون : محكمة السين المدنية ١٩٥٤/١٠/٤ (ج .ب ١٩٥٤ – ٢ – ٣٤٣ ومرافعة بلونديو ، فى خصوص عدم تقاضى حق الدولة فى الضريبة مع ما عليها من دين للخاضع للضريبة) .

وهذا الاستثناء يتسق – في الواقع – مع المبدأ المقرر في الشرائع الحديثة ، وهو عدم جواز القصاص للنفس . فلا يجوز للدائن بشيء معين ، أن يلجأ في سبيل استيفاء حقه ، إلى اغتصاب شيء مماثل من مدينه ، ليتذرع – بعد ذلك – حين يرجع عليه المدين بالرد ، بأن التزامه برد ما غصب ، قد انقضى بالمقاصة بينه وبين ما له من حق في مواجهة هذا المدين .

(ب) « إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده » .

ويجد هذا الاستثناء تبريره في أن المودع أو المعير قد ائتمن المودع لديه أو المستعير ، على الشيء ، فلا يجوز لأي منهما أن يخون الأمانة ، ثم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين التزامه برد الشيء أو بدفع التعويض عنه ، وبين ما نشأ له من حق في مواجهة المودع أو المعير .

وجوب التمسك بالمقاصة :

٤٦٠- لا يجوز للقاضي ، ولو توافرت شروط المقاصة القانونية ، أن يقضي بها من تلقاء نفسه ، إذ « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها [1] من له مصلحة فيها (م ١/٣٦٥) . فالمقاصة بهذا الشكل ليست من النظام العام .

غير أن ذي المصلحة في المقاصة ليس فقط المدين الذي أصبح دائنا لدائنه ، فقد يتمسك الكفيل [2] ، وله مصلحة في ذلك ، بانقضاء دين المدين

---

(١) وقد أجازت محكمة النقض المصرية التمسك بالمقاصة القانونية متى توافرت شرائطها ، في أية حالة تكون عليها الدعوى ، كما أجازت التمسك بها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . أنظر نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٦٠ ص ٩٣٦ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٨٣/٦/١ (د. ١٩٨٤-١٥٢ وتعليق اوبير) .

الذى يكفله ، بالمقاصة بينه وبين حق نشأ لهذا المدين فى مواجهة الدائن الذى يرجع عليه . كما يعتبر حائز العقار ذا مصلحة فى الدفع بالمقاصة بين الدين الذى يسأل عنه فى مواجهة الدائن المرتهن بسبب حيازته للعقار المرهون ، وبين حق نشأ للمدين الراهن فى مواجهة الدائن . وفضلا عن ذلك ، تجيز المادة ٢٨٧ ، فى التضامن بين المدينين ، أن يتمسك المدين المتضامن بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر وذلك بقدر حصة هذا الأخير فى الدين التضامنى . وقد سبق تفصيل ذلك فى موضعه [١] .

٤٦١– والغالب أن يقع التمسك بالمقاصة فى صورة دفع ، يدفع به المدين ، الذى أصبح دائنا لدائنه ، وطالبه هذا الأخير بسداد الدين . كما أن من المتصور أن يتم التمسك بها بطريق دعوى يرفعها صاحب المصلحة فيها ، وعندئذ يتعين على القاضى – متى توافرت شروطها ، أن يقضى بها ، فليس له إزاء طلبها سلطة تقديرية . وحكمه بوقوعها لا يعدو أن يكون مقررا لها . ولذلك يقال بأن المقاصة هنا تقع بقوة القانون [٢] ، ومن هنا سميت بالمقاصة القانونية ، تمييزا لها عن المقاصة القضائية . وهذه المقابلة بين نوعى المقاصة ، صحيحة ، إن كان يقصد بها ، أن الأولى ترتب آثارها منذ توافر شروطها ، حين أن الثانية لا ترتب أثرها إلا بعد إزالة القاضى ما يعوق اكتمال شروطها . أما إذا كان المقصود منها ، أن حكم القاضى فى المقاصة القضائية ينشئ هذه المقاصة ، حين أنه لا يعدو أن يكون مقررا لها فى المقاصة القانونية ، فإن هذه المقابلة تكون – فى الواقع – غير دقيقة كما سنرى فيما بعد .

---

(١) أنظر سابقا بند ٣٠٥ ، ص٣١٥ .

(٢) فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٧/٤/٦ سابق الإشارة .

آثار التمسك بالمقاصة :

٤٦٢- إذا تمسك بالمقاصة القانونية من له مصلحة فيها ، وتثبت القاضى من توافر شروطها ، ترتب عليها « انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما » (م ١/٣٦٥) . وهكذا يجبر الدائن بالمبلغ الأكبر ، على قبول وفاء جزئى لحقه .

٤٦٣- غير أن هذا الأثر لا يترتب من وقت الحكم بالمقاصة ولا من وقت التمسك بها ، وإنما بأثر رجعى ، منذ الوقت الذى يصبح فيه الدينان « صالحين للمقاصة » م ٢/٣٦٥ .

ويترتب على هذا الأثر الرجعى للمقاصة :

١- أنه إذا كان أحد الدينين ينتج فائدة ، ثم وقعت المقاصة ، فإن سريان الفوائد يعتبر قد توقف ليس من وقت الحكم ، ولا من وقت التمسك بالمقاصة . وإنما منذ الوقت الذى اجتمع فيه الدينان صالحين للمقاصة بينهما . بحيث لا يجوز للدائن بهذه الفوائد ، أن يطالب بها إلا عن المدة السابقة على تلاقى الدينين .

٢- أنه إذا كان أحد الدينين « قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » (م ٣٦٦) . وبموجب هذا النص ، الذى لا يعدو أن يكون تطبيقا لفكرة الأثر الرجعى الذى قرره المشرع فى المادة ٢/٣٦٥ ، يكون المرجع فى تحديد ما إذا كان أحد الدينين الذى مضت عليه مدة التقادم عند التمسك بالمقاصة ، صالحا للتقاصى بينه وبين الدين الآخر أم لا ، هو بما إذا كان - عند تلاقى الدينين - لا يزال باقيا لم تكتمل

مدة تقادمه ، فيجوز التقاصي به ، أم كانت هذه المدة قد اكتملت قبل ذلك الوقت ، فلا يتلاقى الدينان .

فمثلا إذا كان لـ (أ) في مواجهة (ب) دين واجب الأداء في ١٩٧٥/١/١ ثم أصبح لـ (ب) في مواجهة (أ) دين واجب الأداء في ١٩٨٥/١/١ . فإذا طالب (ب) بحقه في ١٩٩٠/٢/١ . وأراد (أ) أن يدفع هذه المطالبة بالمقاصة ، فإن المرجع في إمكان أو عدم إمكان ذلك ، ليس هو تاريخ التمسك بالمقاصة ، أي ١٩٩٠/٢/١ ، إذ في هذا التاريخ يعتبر حق (أ) قد مضت عليه مدة التقادم (من ١٩٧٥/١/١ إلى ١٩٩٠/٢/١) وإنما التاريخ الذي اجتمع فيه الدينان صالحين للمقاصة ، أي في التاريخ الذي نشأ فيه الدين المقابل (وهو ١٩٨٥/١/١) ، ففي هذا التاريخ لم تكن مدة التقادم قد اكتملت في حق (أ) لدى (ب) (من ١٩٧٥/١/١ إلى ١٩٨٥/١/١) . وعندئذ يكون له أن يتمسك بالمقاصة .

٤٦٤- هذا وتقضي المادة ٢/٣٦٥ بأنه « ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء » . ومعنى ذلك ، أنه تطبق عند تعدد الديون التي تجوز المقاصة فيها بين الطرفين ، ما سبق دراسته من قواعد خصم الديون أو المدفوعات .

عدم جواز وقوع المقاصة إضرارا بالغير :

٤٦٥- ورد النص صراحة على هذه القاعدة في المادة ١/٣٦٧ ، التي تقضي بأنه « لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير » . فإذا تعلق لأحد الأغيار حق بأحد الدينين يمنع من الوفاء به ، امتنعت المقاصة ، درءا لما يمكن أن يترتب على وقوعها من إضرار بهذا الغير .

وقد طبق المشرع هذه القاعدة ، تطبيقين ، ورد أحدهما في الفقرة الثانية من نفس النص ، وأفرد للثانية نص المادة ٣٦٨ . ويمكن تلخيص هذين التطبيقين على النحو التالي :

١ – عدم جواز التمسك بالمقاصة إضراراً بالدائن الحاجز :

٤٦٦٠ – إذا « أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز » م٢/٣٦٧ .

ويجد هذا الاستثناء تفسيره ، فى أن المقاصة في الواقع هى نوع من الوفاء ، حين أنه لا يجوز ، فى حجز ما للمدين لدى الغير ، أن يفى المحجوز لديه ، بالدين ، للمحجوز عليه ، إضراراً بالدائن الحائز .

فإذا فرضنا أن (أ) دائن لـ(ب) بمبلغ ١٠٠٠ جنيه . ثم أراد (جـ) وهو دائن لـ (أ) أن يوقع حجزاً على ما لمدينه (أ) لدى الغير (ب) . وأوقع هذا الحجز بالفعل . عندئذ يصبح مبلغ الـ ١٠٠٠ جنيه ، المحجوز تحت يد (ب) ، محبوساً لمصلحة الحاجز (جـ) . فلا يجوز لـ (ب) أن يفى به لـ(أ) . ومتى امتنع هذا الوفاء المباشر ، تعين أيضاً منع الوفاء بطريق غير مباشر . ولذلك فإذا أصبح (ب) دائناً لـ (أ) بعد هذا الحجز الذى وقع تحت يده ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة بين ما نشأ له من حق فى مواجهة (أ) ، وبين ما هو مدين به نحوه ، لأن فى وقوع المقاصة هنا إضراراً بالحاجز ، كما أن فيها معنى الوفاء لـ(أ) بحقه ، عن طريق إسقاط ما نشأ لـ(ب) من حق فى مواجهته . إنما يجوز لـ(ب) بدوره ، باعتباره دائناً بما نشأ له من حق فى مواجهة (أ) ، أن يحجز بدوره على ما تحت يده من مال لـ (أ) ، فيشترك بذلك مع الحاجز الأول (جـ) فى قسمة الغرماء .

٢- عدم جواز التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له :

٤٦٧- « إذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة . . . » م٣٦٨ .

ولما كان من المسلم به ، أن قبول المدين للحوالة دون تحفظ ، يسقط حقه فى التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له ، ولو كان يجهل أن له فى مواجهة دائنه الأصلى حقاً يمكن التقاصى به ، فإننا نرى - مع بعض الشراح - أن هذا الاستثناء لا يجد تفسيره ، فيما يقال به عادة [1] من أن قبول الحوالة دون تحفظ يعد نزولاً ضمنياً من جانب المدين عن التمسك بالمقاصة . وإنما الأولى أن يقال ، بأن المشرع قد قصد بذلك ، أن يقيل المحال له من عناء البحث فى العلاقة التى تربط الدائن المحيل بالمدين ، وأن يؤمن حق المحال له فى مواجهة المدين الذى كان يتعين عليه هو أن يتحرى عن حقوقه فى مواجهة دائنه الأصلى ، وأن يتمسك بها فى الوقت المناسب ، أو على الأقل أن يتحفظ بشأنها حين يقبل هذه الحوالة . أما إذا قبلها دون تحفظ - حتى ولو كان يجهل ما له من حق - فلا يصح أن يلومن إلا نفسه . ولا يمكن أن يضار المحال له بهذا الإهمال ، وقد كان من حقه أن يطمئن إلى الحوالة بعد أن قبلها المدين على هذا النحو [2] . ولا يبقى للمدين فى هذه الحالة « إلا الرجوع بحقه على المحيل » م ١/٣٦٨ .

---

(١) انظر مثلاً : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨٨٤ ، د . البدراوى بند ٣٨٧ ، د . جميل الشرقاوى بند ١١٣ .

(٢) انظر في هذا المعنى : د . إسماعيل غانم بند ٢٦٤ ، وقرب د . السنهورى جـ٣ بند ٥٥٥ .

غير أن هذا الاستثناء مقصور في الواقع على الفرض الذى تنفذ فيه الحوالة بقبول المدين ، « أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » . م ٢/٣٦٨ .

النزول عن المقاصة :

٤٦٨- لمن له حق التمسك بالمقاصة أن يتنازل عنها ، صراحة كان هذا التنازل أم ضمناً . بشرط أن تكون الظروف التى تم فيها التنازل الضمنى قاطعة فى الدلالة على اتجاه النية إليه ، لأن التنازل عن الحق لا يفترض .

غير أن المشرع لم يجز النزول عن المقاصة « قبل ثبوت الحق فيها » م٣٦٥-١ ، أى مقدماً وقبل تلاقى الدينين تلاقياً يستجمع شروط المقاصة . وليس معنى هذا الحظر أن المقاصة تصبح من النظام العام ، فقد سبق أن قلنا - على العكس - أنها لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها . كل ما فى الأمر أن المشرع قد خشى ، لو أجاز مثل هذا الاتفاق المسبق على النزول عن المقاصة ، أن يصبح أمراً مألوفاً ، يفرضه الدائن - بما له من مركز أقوى ، على المدين ، فيجرده - مقدماً - من حقه فى أن يقضى على دينه بما نشأ له من حق فى مواجهة الدائن .

عدم جواز النزول عن المقاصة إضراراً بالغير [1]:

٤٦٩- قد يفى المدين بالدين ، رغم علمه بإمكان التمسك بالمقاصة فى مواجهة الدائن ، فيعتبر بذلك قد تنازل ضمنياً عن المقاصة . ولا يبقى له - بعد ذلك - سوى أن يطالب الدائن بحقه الذى كان يمكن له أن

---

(١) راجع فى آثار التنازل عن المقاصة ، بالنسبة للغير :

DRAKIDIS (PH) : Des effets à l'égard des tiers de la renunciation à la Compensation acquise R .T 1955-238 .

يقتضيه مقاصةً .

غير أن هذا النزول لا يصح بداهة أن يكون على حساب الغير . ومن ثم فإن القاعدة فى هذا الشأن ، هى عدم جواز النزول عن المقاصة إضراراً بالغير .

ويقصد بالغير هنا ، كل من كانت له مصلحة فى تمسك المدين بالمقاصة : وهم كفلاء حق هذا المدين ، شخصية كانت الكفالة أم عينية ، والمدين المتضامن فى سداده ، وحائز العقار المرهون لضمان هذا الحق ، بل والدائنون المرتهنون المتأخرون فى المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل هذا الحق .

وفى هذا الشأن تقضى المادة ٣٦٩ بأنه « إذا وفى المدين ديناً ، وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه . . . » .

وفاء الدين عن جهل بوقوع المقاصة :

٤٧٠- أما على العكس ، إذا أوفى المدين بالدين ، جاهلاً وجود حق له يمكنه أن يقاصى به هذا الدين [1]، فإنه لا يمكن أن يعتبر متنازلاً عن حقه

---

(١) وعليه هو يقع عبء إثبات ذلك ، أنظر السنهورى جـ/٣ بند ٥٤٧ والفقه الفرنسى المشار إليه فيه هامش٢ .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يقضى بأن يثبت المدين أيضاً أنه كان له عذر مقبول فى جهله بوجد حقه ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى كانت تقضى بذلك ، اكتفاءً بواقعة جهل المدين لوجود حقه ، وحسماً للمنازعات التى تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولاً أو غير مقبول من الأعذار . أشار لذلك ، السنهورى ، الموضع السابق .

فى التمسك بالمقاصة . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال أن المقاصة قد وقعت بحكم القانون ، فانقضى بها دين المدين ، فإذا أوفاه بعد ذلك يكون قد أوفى دينا انقضى ، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه وبما يكفل هذا الحق من تأمينات لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته . ولكن القانون جعل (فى المادة ٣٦٩) من جهل المدين بوجود حقه المكفول بالتأمينات عذراً مقبولاً ، فحفظ له حقه ، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى ذمته (لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة) . ومادامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين فى ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه الأخيرة كفالة (شخصية ، أو عينية) فأضرّ بقاؤها بالغير ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين [1] .

المطلب الثانى
المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية

المقاصة الاتفاقية :

٤٧١- قد لا تتوافر شروط المقاصة القانونية ومع ذلك يتفق الطرفان على إيقاع المقاصة بين ما لكل منهما من حق فى مواجهة الآخر وما عليه من دين له . ومثل هذا الاتفاق يكون صحيحاً ، طبقاً لمبدأ حرية الاتفاقات . وتسمى المقاصة هنا بالمقاصة الاتفاقية أو الاختيارية . وهى تتميز عن المقاصة القانونية بأن آثارها لا تترتب إلا منذ تاريخ الاتفاق عليها فلا يتصور فيها الأثر الرجعى الذى يفترض تلاقى الدينين مستجمعين لشروط المقاصة القانونية قبل التمسك بهذه المقاصة .

---

(١) انظر : السنهورى بند/٥٤٧ .

غير أنه يسرى على هذا النوع من المقاصة أيضاً قاعدة عدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير .

المقاصة القضائية [1]:

٤٧٢- قد يحول بين أحد الطرفين وإمكان تمسكه بالمقاصة القانونية ، تخلف أحد شروطها المحددة قانوناً ، فى حقه . فإذا كان هذا الشرط من الشروط التى يستطيع القضاء استكمالها ، وهو ما ينحصر فى شرط خلو حقه من النزاع ، جاز لهذا الطرف أن يطلب إلى القضاء [2] الفصل فيما يثور حول هذا الحق من نزاع . فإذا ما انتهى هذا الفصل إلى أحقيته فيما يدعيه من حق ، أصبح هذا الأخير خالياً من النزاع ، فزالت العقبة التى كانت تحول دون إمكان التقاصى به . ويكون القاضى بهذا الشكل هو الذى استكمل شروط المقاصة . ومن هنا جاءت تسميتها بالمقاصة القضائية ، حين أنها فى

---

(١) لمزيد من التفاصيل فى هذا النوع من المقاصة ، انظر :

CHABAS (F) : Réflexions sur la Compensation Judiciaire . J .C .P . 1966-1-2026 .

بريور : تعليق بـ(جـ .ك .ب ١٩٦٨-٢-١٥٥٤٤) ، جافالدا : تعليق بـ(جـ.ك.ب ١٩٦٨-٢-١٥٦٣٧) ، جـ - شيفالييه (ر.ت ١٩٦٥-٦٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المقاصة القضائية ، باعتبارها طلباً عارضاً من المدعى عليه ، فإنه لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تبحثها وأن تفصل فيها من تلقاء نفسها . انظر : نقض ١٩٧٨/١/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٦٣ ص٣٠٩ ، وراجع فى تطبيق لذلك : نقض ١٩٧٣/٣/١٥ المجموعة ٢٤-٧٧-٤٣٠ ، وانظر أيضاً : نقض ١٩٧١/٦/٢٤ المجموعة ٢٢-١٣٣-٨١٨) وقد جاء فى الحكم الأخير أن إغفال محكمة الموضوع الرد على الدفع بالمقاصة القضائية لا يعيب حكمها . كذلك قضت محكمة النقض بعدم جواز طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف انظر : نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨-١٦٠-٩٣٦ .

الواقع ليست سوى نوع من المقاصة القانونية [1]، مادام أن دور القضاء ينحصر – لا أكثر – فى استجماع شروط المقاصة القانونية ، بإزالة العقبة من طريق توافر أحد شروطها [2] . فيكون حكم القاضى بالمقاصة مقرراً – فى الحقيقة – لها ، وليس منشئاً [3] . وإذا كانت المقاصة لا تقع هنا إلا من وقت الحكم ، فليس فى ذلك من خروج على أحكام المقاصة القانونية ، مادام أنه فى هذا الوقت فقط ، يكون الدينان قد التقيا صالحين للمقاصة ، بزوال العقبة التى كانت تحول دون هذا التلاقى [4] .

ومثال هذه الحالة ، أن يرفع المؤجر دعوى على المستأجر ، يطالبه بالأجرة ، فيقدم المدعى عليه (المستأجر) بدوره طلباً عارضاً بتعويضه عن تعرض وقع له من جانب الآخر (المؤجر) ، وبالمقاصة بين ما له من حق فى التعويض عنه ؛ وما هو مدين به للمؤجر ، فينازع المدعى (المؤجر) فى وجود هذا التعرض . فإذا تبين للقاضى أن الطلب العارض جدى ، لم

---

(١) من هذا الرأى : مارتى ورينو بند ٦٤٩ ، جوجلار بند ١١٥١ ، وفى مصر : د . إسماعيل غانم بند ٢٦٧ ، د . جميل الشرقاوى بند ١١٤ ويقترب جوسران بند ٩٤٤ .

وانظر عكس ذلك : د . السنهورى جـ٣ بند٥٦٠ ، د . محمود جمال الدين زكى بند ٥٩٨ ، ويقترب : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٤٧ .

(٢) وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية فى بعض أحكامها ، إلى أن تجعل من المقاصة القضائية نظاماً مستقلاً ، يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقضاة الموضوع دون تقيد بأى من شرط المقاصة القانونية . أشار لهذا الاتجاه ، وانتقده : جوجلار بند ١١٥١ ، وانظر من تطبيقاته : حكم نقض ١٩٥٦/٧/١٢ (ج .ب ١٩٥٦-٢-١٤٩) .

(٣) وعكس ذلك : د . السنهورى ، د . محمود جمال الدين زكى الإشارتان السابقتان .

(٤) راجع بوجه عام فى مسألة مبدأ سريان آثار المقاصة القضائية :
LEVY (J . ph) : note J .C .P . 1968-2-15322 .

يقصد به المستأجر تأخير الفصل فى دعوى المؤجر (المدعى) [1]، أوقف الفصل فى دعوى طلب الأجرة، إلى أن يفصل فى النزاع حول التعرض ، فإذا ما ثبت هذا الأخير ، وقدر القاضى التعويض عنه ، فأصبح حق المستأجر – بهذا الشكل – خالياً من النزاع ، حكم القاضى بوقوع المقاصة بين الدينين [2] .

المبحث الخامس

اتحاد الذمة

La Confusion

المقصود به وحالاته ، وتمييزه عن غيره :

٤٧٣– يقصد باتحاد الذمة ، أن يجتمع « فى شخص واحد صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد » م ١/٣٧٠ مدنى . وذلك كأن يتوفى الدائن فيرثه المدين . فتجتمع بهذا الشكل فى شخص هذا الأخير صفتا الدائن والمدين .

٤٧٤– ولا يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة فحسب ، بل يتصور أن يقع حال الحياة أيضاً ، وإن كان ذلك أمراً نادراً ، ومثاله أن تشترى الشركة ما سبق أن أصدرته من سندات .

٤٧٥– ويفترق اتحاد الذمة عن المقاصة ، فى أنه يفترض أن تجتمع

---

(١) وهو ما يعنى أن للقاضى سلطته التقديرية فى هذا الشأن ، فى هذا المعنى : كاربونييه بند ١٣٢ ص٤٨٧ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٥٩/٧/١٢ (ج .ب ١٩٥٦-٢-١٤٩) ، نقض (اجتماعى) ١٩٤١/١/٩ (ج .ب ١٩٤١-١-١٣١) ، نقض ١٩٤٣/٤/١٥ (ج .ب ١٩٤٢-٢-٢٣) .

صفتا الدائنية والمديونية في شخص واحد وبالنسبة لدين واحد . حين تفترض المقاصة – على العكس – أن يكون هناك دينان متقابلان لشخصين ، الدائن في أحدهما مدين في الآخر .

أثـــره :

٤٧٦- ويضع اتحاد الذمة عقبة أمام المطالبة بالدين ، إذ يستحيل في الواقع أن يطالب الإنسان نفسه ، فيرجع بصفته دائناً ، على نفسه بصفته مديناً [١] . ولذلك يترتب على اتحاد الذمة أن ينقضي الدين « بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة » [٢]، م ١/٣٧٠ . فإذا توفي الدائن بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فورثة المدين بهذا المبلغ ، وارثاً وحيداً ، انقضى الدين كله باتحاد الذمة . أما إذا كان المدين يرث نصف التركة لوجود وارث آخر ، فإن الدين ينقضي باتحاد الذمة في حدود النصف ، ليبقى للوارث الآخر أن يرجع على المدين بمبلغ ٥٠٠ جنيه .

وتأخذ الشرائع الغربية بنفس الحل فيما لو توفي المدين فورثه الدائن[٣]، إذ ينقضي – عندئذ – ما كان للوارث من دين في ذمة المورث باتحاد الذمة . وأساس ذلك ما تأخذ به هذه الشرائع من مسئولية الوارث شخصياً عن ديون مورثه [٤] .

أما في الشريعة الإسلامية ، فإنه وفقاً لمبدأ لا تركة إلا بعد سداد

---

(١) في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١١٣٩ .

(٢) وتنقضي معه ضماناته ، انظر في هذا المعنى ، وفي مبرره ، جوجلار بند ١١٤٠ ، مارتي ورينو بند ٨٥٥ .

(٣) انظر : ستارك بند ٢٤٦١ ، جوسران بند ٩٤٦ ، مارتي ورينو بند ٨٥٤ .

(٤) وراجع – مع ذلك – في عدم إعمال أحكام اتحاد الذمة في فرض قبول الوارث للتركة تحت شرط الجرد : كولان وكابيتان ودي لامورانديير بند ٣٥٠ .

الدين ، فإنه فى مثل هذا الفرض الأخير ، تظل تركة المدين المتوفى مشغولة بالدين، فيرجع الدائن (الوارث) بحقه عليها ، فيقتضيه وفاء . ثم يؤول إليه بعد ذلك ما له من نصيب فى التركة خالياً من الدين .

٤٧٧- ولما كانت العلة فى انقضاء الدين باتحاد الذمة هى استحالة مطالبة الإنسان لنفسه ، فإنه متى « زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » م ٢/٣٧٠ . كما لو أوصى الدائن للمدين بالدين ، ثم تبين بعد ذلك بطلان الوصية .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

تقســـــــيم :

٤٧٨- ينقضى الالتزام دون الوفاء به : إما لإبراء المدين منـــه ، أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى لا يد له فيه ، أو لسقوطه بالتقادم . ونخصـــص لكل من هذه الموضوعات مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول

الإبـــراء (١)

La remise de dette

المقصود به ، وطبيعته ، وشروطه ، وما يترتب عليه من آثار :

٤٧٩- الإبراء هو تصرف قانونى ، بموجبـــه ، يتنـــازل الـــدائن – مختاراً، وبلا مقابل – عما له من حق فى مواجهة المدين . وهـــو – وفـــق تصويره فى المجموعة المدنية الحالية – عمل قانونى من جانب واحد ؛ ومن ثم فإنه ينتج أثره فى القضاء على الالتزام ، متى اتصل بعلم من وجه إليه ، وهو المدين ، وذلك دون حاجة لقبول هذا الأخير . ولما كانت بعض النفوس تعاف المنّة ، فلم يشأ المشرع أن يفرض على المدين تفضلاً قـــد لا يقبلـــه ، فأجاز أن يرتد هذا الإبراء برده من جانـــب المـــدين . وقـــد جمعـــت كـــل هذه المعانى المادة ٣٧١ مدنى ، حيث قضت بأنـــه : « ينقضـــى الالتـــزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختـــاراً ، ويـــتم الإبـــراء متـــى وصـــل إلـــى علـــم

---

(١) راجع فى هذا الموضوع :

RAYNAUD)P) : La renunciation à un droit . R .T . 1936 p . 763 et s .

د . عبدالرازق حسن فرج : الإبراء من الالتزام (دراسة مقارنة) ط ١ ١٩٧٦ .

المدين ويرتد برده » .

٤٨٠- هذا وبالنظر إلى أن الإبراء من أعمال التبرع [١]، فإنه يخضع للأحكام الموضوعية لهذه الأعمال (م٣٧٢/١ مدنى) . فيلزم أن يكون الدائن أهلاً للتبرع . ويمكن لدائنى هذا الدائن أن يطعنوا فى هذا الإبراء بالدعوى البولصية باعتباره تصرفاً مفقراً ، دون حاجة إلى إثبات غش أو تواطؤ . فإذا رد المدين الإبراء فعاد الدين إلى الظهور بعد انقضائه ، كان لدائنى هذا المدين أن يطعنوا فى هذا الرد بالدعوى البولصية باعتباره تصرفاً مفقراً ، زاد من التزامات المدين . ولا يمكن القول هنا بأن المدين يرفض الاغتناء ، فهذا التصوير لا يصح إلا إذا كان الإبراء لا ينتج أثره إلا بالاتفاق مع المدين ، كما هو الحال فى القانون الفرنسى [٢]، وكما كان الحال فى التقنين المدنى الملغى .

٤٨١- ونحن لا نقر ما يتجه إليه بعض الشراح فى مصر ، من أن الإبراء يقضى على عنصر المسئولية فى الالتزام فقط ، دون عنصر المديونية [٣] . فهذا التفسير لا يتمشى فى الواقع مع النية الحقيقية للدائن ، الذى لو كان يقصد إلى مجرد التنازل عن حقه فى الالتجاء إلى القهر لإجبار

---

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧١/١/٢١ المجموعة السنة ٢٢ رقم ١٨ ص١٠٠ .

(٢) فكل من المادتين ١٢٨٥ ، ١٢٨٧ من المجموعة المدنية الفرنسية ، تصفه بأنه: « إخلاء ذمة اتفاقى décharge conventionnelle » . والفقه الفرنسى يسلم بهذا التكييف ، وإن كان يرى أن الإبراء يمكن أن تتضمنه وصية ، أى يتضمنه عمل قانونى من جانب واحد ، انظر فى هذا الشأن : مارتى ورينو بند ٨٤٧ ، جوسران بند ٩٥١ ، ستارك بند ٢٤٦٦ ، كاروبنييه بند ١٣٧ ص٥٠٢ .

(٣) انظر : د . إسماعيل غانم ص ٤٢٩ هامش ١ .

المدين على تنفيذ التزامه ، لاكتفى بموقف سلبى هو عدم مطالبة المدين بالدين إلى أن ينقضى بالتقادم المسقط [1][2] .

٤٨٢- لكن الإبراء ، بالرغم من اعتباره تبرعاً ، إلا أنه لا يشترط فيه شكل خاص[3][4]، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » م ٢/٣٧٢ مدنى .

٤٨٣- ومتى تم الإبراء ، ترتب عليه انقضاء الالتزام بالقدر الذى تناوله . فتزول معه توابعه ، وضماناته ، عينية كانت أو شخصية .

(١) انظر فى معنى أن الإبراء يقضى على الدين وكذلك على ضماناته : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٠٠ ، وانظر أيضاً ستارك بند ٢٤٦٦ .

(٢) راجع فى الطبيعة القانونية للإبراء : جوسران بند ٩٥١ ، كاربونييه بند ١٣٧ ص٥٠٢ وما بعدها ، ومقال رينو (بالمجلة الفصلية) سابق الإشارة .

(٣) وإن لزم أن تكون نية الدائن فى معنى التنازل عن حقه واضحة لا تحتمل أى لبس ، إذ التنازل عن الحق لا يفترض ، انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨١/١/٢٦ (د . ١٩٨٢-١ وتعليق أونورا) ، نقض ١٩٨٠/١/١٥ (د . ١٩٨١-أ.ر-٣١٢ وتعليق جستان) .

(٤) وتجعل المادة ١٢٨٢ مدنى فرنسى من تسليم الدائن ، مختاراً ، سند الدين (العرفى) الموقع عليه من جانب المدين لهذا الأخير ، دليلاً على الإبراء . انظر فى تطبيق لهذا النص ، وأن هذه القرينة لا تقبل إثبات العكس سواء فى المواد المدنية أو التجارية : نقض فرنسى (تجارى) ١٩٨٠/٦/٣٠ (د . ١٩٨٢-٥٣ وتعليق بارليانى) ، وقارن – على العكس – استئناف تولوز ١٩٦٦/١١/٢٣ (د . ١٩٦٧-٥٢٢) . وراجع – بوجه عام – فى إثبات الإبراء : جوجلار بند ١٢٠٢-١٢٠٦ ، مارتى ورينو بند ٨٥١-٨٥٢ ، كولان وكابيتان ودى لاموزانديير بند ٣٥٥ ، جوسران بند ٩٥٤-٩٥٧ .

المبحث الثانى

استحالة التنفيذ

L'impossibilité d'exécution

التعريف بها ، وأثرها :

٤٨٤- كذلك ينقضى الالتزام دون الوفاء به ، إذا استطاع المدين أن يثبت أن هذا الوفاء قد « أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » (م٣٧٣ مدنى) . على أن يلاحظ ما يأتى :

١- ضرورة ثبوت استحالة التنفيذ ، مادية كانت هذه الاستحالة أم قانونية وليس مجرد صيرورة هذا التنفيذ مرهقاً ، وإلا كنا بصدد نظرية الظروف الطارئة ، وجاز للقاضى أن يرد ذلك الالتزام المرهق إلى الحق المعقول .

٢- يتعين أن تكون الاستحالة بسبب أجنبى عن المدين [1]: وذلك إما بفعل قوة قاهرة ، أو لخطأ الغير ، أو لخطأ الدائن نفسه .

٣- لا يمكن القول فى هذه الحالة ، بإلزام المدين - وقد أصبح تنفيذ التزامه عيناً مستحيلاً - بأن يفى بمقابل أو بطريق التعويض ، فالفرض أنه غير مخطئ ، أو بعبارة أخرى غير مسئول عن هذه الاستحالة .

(١) انظر فى هذا المعنى : جوسران بند ٩٦١ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٥٦ ، وقد قضى تبعاً لذلك بأن انقضاء الالتزام بصيرورة تنفيذه مستحيلاً بسبب القوة القاهرة ، شرطه حدوث القوة القاهرة خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام ، ومن ثم فإن تأخير المدين فى التنفيذ لا يخوله التمسك بوقوعها ، انظر نقض مصرى ١٩٧٨/١١/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٤١ ص١٧٦٦ .

٤- يمكن أن يظل المدين مسئولاً عن تنفيذ الالتزام رغم استحالته بسبب أجنبى إذا كان الطرفان قد اتفقا منذ البداية على تحميل المدين تبعة هذا السبب الأجنبى . غير أن التنفيذ العينى - وقد استحال هنا - فلا يبقى أمام الدائن إلا أن يرتضى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض .

٥- إذا كان المدين قد التزام بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، أى بعد وضعه موضع المقصرٌ فى عدم تنفيذ التزامه ، فإنه يتحمل تبعة هلاك الشئ بفعل القوة القاهرة ، ولو كان هذا الهلاك قبل الاعذار على الدائن . اللهم إلا إذا أثبت « أن الشىء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه » م ٢٠٧ مدنى .

٤٨٥- هذا ويترتب على استحالة التنفيذ - مالم تكن استحالة مؤقتة توقف فحسب تنفيذ هذا الالتزام خلال مدة قيامها [(١)]- انقضاء التزام المدين . فإذا كان العقد الذى يربطه بالطرف الآخر ملزماً له وحده ، فإن الدائن فيه لن يستطيع بعد الاستحالة أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه . ولذلك يقال بأنه فى العقود الملزمة لجانب واحد ، تكون تبعة الهلاك على الدائن بالالتزام الذى استحال تنفيذه . حين أنه ، لو كان العقد الذى يربط المدين بالطرف الآخر ملزماً للجانبين ، فلن يكون بإمكان المدين ، وقد سقط التزامه ، أن يطالب الطرف الآخر بشىء ؛ فالعقد سينفسخ ، ويعفى الطرف الآخر من تنفيذ التزامه . ولذلك يقال بأنه فى العقود الملزمة للجانبين تقع تبعة استحالة التنفيذ

(١) انظر من تطبيقات القضاء فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٧/٣/٦ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١١٢ ص٦١٢ ، نقض فرنسى ١٩٨١/٢/٢٤ (د . ١٩٨٢-٤٧٩ وتعليق مارتان) .

على عاتق المدين الذى استحال تنفيذ التزامه [1] .

المبحث الثالث

التقادم المسقط [2]

La prescription extinctive

تعريفه ، وأساسه :

٤٨٦- التقادم المسقط ، هو سبب ينقضى به الالتزام [3] حين يقعد الدائن عن مطالبة مدينه به ، على إمكان هذه المطالبة ، المدة التى يحددها القانون[4] .

٤٨٧- ويقف وراء ما يجعله المشرع لمضى المدة من أثر فى إسقاط الالتزام (الحق) ، أن سكوت الدائن عن المطالبة بحقه ، رغم إمكان هذه المطالبة ، ولمدة طويلة ، إنما ينهض فى كثير من الأحيان قرينة على وفاء المدين به . ولما كان من غير المقبول إلزام المدين بأن يحتفظ بسند الوفاء (المخالصة) إلى ما لا نهاية ، فإن من شأن هذه القرينة أن تعفيه من إثبات

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/١٢/٢٢ المجموعة السنة ٣١ رقم ٣٨٨ ص٢٠٨٢ ، نقض ١٩٧٧/٤/١٥ المجموعة ٦٠٩/١٥٦/٢٨ ، نقض ١٩٧٧/١/١١ المجموعة ٢٨-٤٨-٢١١ .

(٢) انظر فى هذا الموضوع ، بصفة خاصة : د . عبدالمنعم البسدراوى ، اثر مضى المدة فى الالتزام . رسالة القاهرة ١٩٥٠ .

(٣) انظر فى الخلاف حول ما يرد عليه التقادم ، لاحقاً بند٥٤٤ ، الهوامش١ ، ٢.

(٤) على أن يلاحظ ، أن التقادم المسقط هو نظام قانونى عام ، لا يقتصر نطاقه على الحقوق الشخصية ، وإنما تخضع له أيضاً الحقوق العينية ، فيما عدا حق الملكية ، تلك الحقوق التى تسقط ، هى الأخرى ، بعدم استعمال صاحبها لها ، المدة المحددة قانوناً . انظر فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٣٥٧ .

قيامه بالوفاء فعلاً إذا فقد سند ذلك الوفاء ، وطالبه الدائن بالدين مرة أخرى بعد مضى المدة التى حددها القانون .

ويضاف إلى الاعتبار السابق ، أن المدين غالباً ما يفى بديونه من دخله ، وعدم إسقاط هذه الديون مهما مضى عليها من زمن ، قد يؤدى – مع إهمال الدائن فى المطالبة – إلى تراكم هذه الديون على المدين ، حين أن هذا الأخير فى الواقع أولى بالرعاية من ذلك الدائن المهمل .

بل إن إسقاط الالتزام بمضى المدة ، قد يجد أساسه كذلك فى اعتبارات الصالح العام . فقد أراد المشرع – بهذا النظام – أن يجنب المحاكم النظر فى منازعات قد يصعب الفصل فيها ، بالنظر إلى مضى مدة طويلة على الحقوق محل المطالبة فى هذه الدعاوى . كما أنه حرص – من ناحية أخرى – على عدم قلقلة الأوضاع التى استقرت ، بما يجعل من الضرورى قفل باب القضاء أمام الدائن الذى يهمل فى اقتضاء حقه مدة طويلة من الزمن [1] .

وتتضافر هذه الاعتبارات المختلفة ، لتبرير نظام التقادم المسقط ككل ، وإن كان لاختلاف الأساس الذى يستند إليه نوع من التقادم ، عن الأساس الذى يستند إليه النوع الآخر ، نتائجه المهمَّة على أحكام التقادم فى كل فرض[2]، خاصة حين يتضمن موقف المدين معنى عدم الوفاء بالالتزام ، على ما سيتضح فيما بعد .

---

(١) وقد رأى فيه جوسران – تبعاً لذلك – وسيلة من وسائل « الأمن القانونى » meseure de « Police juridique » ، انظر جوسران بند ٩٧٠ ، ولمزيد من التفاصيل فى الأسس التى يقوم عليها نظام التقادم المسقط راجع جوجلار (دروس مازو) بند ١١٦٦، ١١٦٧ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١١٦٨ .

تقســــيم :

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب : نعرض فى أولها لمدد التقادم ، ونعالج فى الثانى كيفية حساب هذه المدد ، لنكرس الثالث لأحكام التقادم .

المطلب الأول
مدد التقادم

القاعدة العامة ، سقوط الالتزام بمضى خمس عشر سنة :

٤٨٨- يتقادم الالتزام – كقاعدة عامة – « بانقضاء خمس عشرة سنة » م ٣٧٤ مدنى [1] . وذلك « فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون » . وجاء فى الأعمال التحضيرية – تعليقاً – على المادة ٣٧٤ – أن المشرع اقتدى – فى تحديد مدة الـ خمس عشرة سنة هذه بـ « الشريعة الإسلامية » [2] .

الاستثناءات :

٤٨٩- وفضلاً عن الحالات الخاصة سابق الإشارة إليها ، والتى سنجد المناسبة للتعرض لبعضها فيما بعد ، فقد نظم المشرع المدنى ، إلى جانب هذا التقادم العادى ، نوعاً آخر من التقادم الأقصر ، تكون مدته فى بعض الحالات خمس سنوات ، وفى البعض الآخر ثلاث سنوات ، وفى بعض ثالث سنة واحدة ، فيما أن مدداً أخرى للتقادم ورد النص عليها فى قوانين أخرى متفرقة .

---

(١) أما فى فرنسا ، فالقاعدة العامة فى مدة التقادم هى ثلاثون سنة (م ٢٢٦٢ مدنى) . ويرى بعض الشراح فيها مدة بالغة الطول لم تعد تتناسب وطبيعة العصر ، انظر جوجلار بند ١١٧٣ ، وقارن كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٣٥٩ .

(٢) مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٦٩٨ .

ونحن نقتصر على تفصيل مدد التقادم الأقصر ، الواردة فى القانون المدنى ، وذلك على التفصيل التالى :

أولاً – التقادم الخمسى :

٤٩٠– تتقادم بخمس سنوات فقط ، الطائفة التالية من الحقوق :

(أ) الحقوق الدورية المتجددة (١) : م ٣٧٥ :

٤٩١– يعتبر الحق دورياً ، إذا كان يستحق فى مواعيد متتالية ، ويعتبر متجدداً ، إذا كان استيفاء ما يستحق منه فى موعده لا ينتقص من أصله . أو بعبارة أخرى ، إذا كان يستحق بصفة مستمرة ما بقى مصدره المنشئ .

وتظل للحق صفة الدورية ولو كان موعد الاستحقاق الدورى أكثر من سنة ، وذلك خلافا لما كان يأخذ به المشرع المصرى فى المجموعة المدنية الملغاة . كما أنه لا يلزم لدوريته وتجدده ، أن يكون قدره ثابتا فى كل استحقاق .

والحق الذى يتقادم بخمس سنوات ، لا يكفى فيه توافر إحدى هاتين الصفتين ، وإنما يلزم أن يكون دوريا ومتجددا فى آن واحد (٢) ، وإلا خضع

---

(١) انظر ، من تطبيقات القضاء المصرى ، نقض ١٩٧٧/١/١٩ المجموعة السنة ٢٨ (العدد ١) رقم ٩١ ص٤٧٨ . نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨ (ع أ) –١٦١– ٩٤٨ .

(٢) وجاء فى حكم للنقض ، فيما يتعلق بدين الأجر (سواء أكان مصدره العقد أو القانون) أن « الدورية والتجدد هما صفتان لصيقتان » به « وهما مفترضتان فيه ما بقى حافظاً لوضعه ولو تجمدً بانتهاء المدة المستحقة عنها وأصبح فى الواقع مبلغاً ثابتاً فى الذمة لا يدور ولا يتجدد » نقض١٩٧٩/٥/٥ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٠٩ .

للتقادم العادى . ولذلك ، فإن الديون المقسطة – على سبيل المثال – لا تخضع للتقادم الخمسى برغم دوريتها ، لأنها غير متجددة ، حيث أن الوفاء بقسط منها إنما ينتقص من أصل الدين . كذلك يخضع للتقادم العادى ما كان من الديون متجددا بطبيعته ثم فقد هذه الصفة وتحول إلى مبلغ ثابت (كما لو اتفق على إضافة الفائدة إلى رأس المال ، وتحرر بالمجموع سندا واحداً) [1] .

ومن أمثلة الحقوق الدورية المتجددة ، ما ورد ذكره – على سبيل المثال لا الحصر – فى المادة ٣٧٥ « كأجرة المبانى [2] والأراضى الزراعية

(١) وجاء فى حكم للنقض – فيما يتعلق بأثر إدماج الفوائد فى رأس المال ، على مدة التقادم – أن : « النص على إدماج الفوائد فى رأس المال لا يعدو أن يكون رخصة للدائن ، له أن يعملها دون توقف على إرادة المدين وله أن يتنازل عنها بإرادته المنفردة . كما أن تقرير ثبوت قيام الدائن بإدماج الفوائد أو عدوله عن ذلك هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع دون معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً » . وقد رتبت على ذلك أنه « إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بسقوط الفوائد بالتقادم الخمسى ، على أن للدائن قد تنازل عن حقه فى اعتبارها أصلاً (أى أصل دين) استناداً إلى عدم قيامه بإدماج الفوائد سنة فسنة فى رأس المال ، وإلى مطالبته بها على أساس عدم تجميدها ، وهو استخلاص موضوعى سائغ لا مخالفة فيه للقانون أو نصوص الاتفاق ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو نسخ نصوص الاتفاق » . نقض ١٩٧٢/٣/٣٠ المجموعة س٢٣ ص٥٧٧ .

(٢) وجاء فى حكم للنقض أنه : « متى كان منصوصاً فى عقد الإيجار على أن المستأجر يستبقى من الأجرة المستحقة عليه مبلغاً ليدفعه فى الأموال الأميرية المقررة على العين المؤجرة ، فهذا النص لا يخرج المبلغ المستبقى عن طبيعته وهى أنه دين أجرة ، سبب الالتزام به عقد الإيجار ، وتخصيصه لدفع الأموال الأميرية لا تعد تبديلاً للالتزام ، وإذن فمدة السقوط المقررة له هى خمس سنوات » . نقض ١٩٣٩/١١/٣٠ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٠٨ . =

ومقابل الحكر ، وكالفوائد [1] والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور [2]

= كما جاء فى حكم آخر أنه : إذا كانت الضرائب العقارية تضاف إلى القيمة الإيجارية التى تدفع فى مواعيد دورية ، فإنها تأخذ حكمها باعتبارها أجرة لا ضريبة ، وكان يتبع الأجرة فى خضوعها للتقادم الخمسي كافة الالتزامات الملحقة بها والمعتبرة من عناصرها إذا كانت هذه الالتزامات دورية وقابلة للتزايد ومتعاقبة مادام عقد الإيجار قائماً ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وذهب إلى أن المبالغ المطالب بها لا يسرى عليها التقادم الخمسى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » نقض٦/٤/١٩٧٧ المجموعة س٢٨ ص٩٤٨ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص٧٠٨ .

وبالمقابلة ، قضى بأن « الحقوق الناشئة عن عقد الإيجار التى تسقط المطالبة بها بمضى المدة (الخمسية) . . هى فقط المتعلقة بالأجرة . وإذن فالدعوى التى يقيمها المستأجر على المؤجر بما أوفاه بالنيابة عنه مما هو ملتزم به ، كالأموال الأميرية ، هى من دعاوى الحقوق العادية التى لا تسقط المطالبة بها إلا بمضى المدة الطويلة (١٥ سنة) » نقض ١٩٣٧/١٠/٢٨ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٠٨ .

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٣/٢/١٣ المجموعة س١٤ ص٢٣٢ (فى خصوص أرباح الكوبونات) ؛ نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ المجموعة س٢٦ ص١٧٢٧ (فى خصوص الفوائد القانونية عن الثمن ، المستحقة للبائع طبقاً للمادة ١/٤٥٨ مدنى) .

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٩/٥/٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٢) ، رقم ٢٣٤ ص ٢٧٠ . (وقد قضت فيه بأن حق العامل فى الأجر هو حق دورى متجدد يخضع للتقادم الخمسى ، ولا تزول عنه هذه الصفة بتجدد الأجر وصيرورته مبلغا ثابتا فى الذمة) .

وانظر أيضاً نقض ١٩٨٠/٣/١ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقم ١٣٠ ص ٦٦٣ (وقد قضت فيه بأن حق العامل فى الأجر الإضافى وبدل السكن وبدل السفر هو من الحقوق الدورية المتجددة التى تخضع للتقادم الخمسى) .

وانظر كذلك : نقض ١٩٨٢/٣/٢٨ ، مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧١٠ (فى خصوص فروق الأجور المترتبة على قرارات تسوية حالات عاملين) ؛ نقض ١٩٨٣/٤/٣ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧١٠ ، ٧١١ (فى خصوص فروق الأجر المترتبة على تسكين العامل فى فئة معينة » . ونقض ١٩٨٣/٣/١٣ مشار إليه =

والمعاشات » .

٤٩٢- ولما كان المشرع - هنا - لم يستلزم لسقوط الدين المتجـدد ، أن يحلف المدين اليمين على سداده ، بل بالعكس نص صراحة على سقوطه « ولو أقر به المدين » (م ٣٧٥) [1]، فإن أساس التقادم هنا لا يكون قرينة الوفاء ، وإنما هو فى الواقع حماية المدين من تراكم الديون الدورية المتجددة عليه ، بما يرهق كاهله [2] ، خاصة وأنه يفيها عادة من دخله ، بما يتعـين معه تغليب مصلحة هذا المدين على مصلحة الدائن المهمـل فـى اقتضـاء حقوقه .

٤٩٣- غير أن المشرع عاد فأخرج من حكم التقادم الخمسى كلا من « الريع المستحق فى ذمة الحائز سئ النية » ، وكذلك « الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين » م ٢/٣٧٥ . حين أخضع سقوطهما للتقـادم

= فى معوض عبدالتواب ص٧١٠ (فى خصوص فروق بدل التمثيل المستحق شهرياً) . أما إذا كان الدائن يطلب لا بمرتب تأخرت الدولة فى أدائه « وإنما بتعويض مقابل الضرر الذى لحقه بسبب قرار إدارى مدعى بمخالفته للقانون » فإن الحق محل المطالبة لا يتقادم عندئذ بالتقادم الخمسى وإنما بانقضاء « خمس عشرة سنة » ذلك أن « التعويض يختلـف عن المرتب فى طبيعته وسبب استحقاقه » نقض٣/٦/١٩٦٥ المجموعة س١٦ ص٦٩٠ .

(١) وقد جاء فى الأعمال التحضيرية - تعليقاً على هذا الاستطراد بعبارة « ولـو أقر به المدين المنصوص عليه فى هذه المادة - أن « ... النص ليس معناه أن المحكمـة تقضى بالتقادم ولو أقر المدين بالدين إقراراً ينطوى على معنى التنازل عن التمسك بالدفع بالتقادم ... بل هو يقرر القاعدة المسلمة المتفرعة على عدم قيام هذا النوع من التقادم على قرينة الوفاء ، ومؤداها أن إقرار المدين بترتب الدين فى ذمته لا يمنعه فى الوقت ذاته من أن يتمسك بالتقادم ، ولا يحول دون القضاء بتقادم الدين على أساس هذا التمسك » . مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٧٠٦ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٤٨٥ .

العادى ، وهو خمس عشرة سنة .

ورغم أن الريع ، فى كلا هذين الفرضين يمكن أن يعتبر فى ذاته وبطبيعته ، دوريا ومتجددا ، إلا أن الدين به لا يصدق عليه فى الواقع هذا الوصف[1] . لأن أساس التزام الحائز وناظر الوقف فى الفرضين السابقين إنما هو الفعل غير المشروع ، لأن مستحقى هذه الديون لا يطالبون بها باعتبارها ريعا ، وإنما باعتبارها تعويضا ترتب لهم فى ذمة كل من الحائز أو ناظر الوقف ، لقاء ما أصابهم من ضرر نتيجة ما قبضه أو ما قصر فى قبضه من ثمار ، الحائز سئ النية ، أو نتيجة ما استهلكه ناظر الوقف من غلة هذا الوقف بتعديه أو بتقصيره . غير أن المشرع لم يشأ أن يترك هذه الحقوق تتقادم بثلاث سنوات ، كما هو الحال فى دعوى التعويض عن العمل غير المشروع ، فيكون حظها من مدة السقوط أقل من الحقوق الدورية المتجددة ، حين أن الريع بطبيعته دورى ومتجدد . ولذلك أخضعها لحكم التقادم العادى وهو خمس عشرة سنة .

إنما يجب أن يلاحظ أنه ، بعد إلغاء الأوقاف الأهلية ، فإن المبالغ التى تصرفها وزارة المالية لأصحاب المرتبات المقررة فى هذه الأوقاف ، تكون « قد فقدت صفتها باعتبارها استحقاقاً فى الوقف وذلك بمجرد إلغاء تلك الأوقاف » ، وعلى ذلك فإنه إذا « كانت الحكومة قد رأت تعويض أصحاب تلك المرتبات برصد مبالغ شهرية لهم بقيمة ما كانوا يستحقونه أصلاً فى تلك الأوقاف ، فإن هذه المبالغ التى يجرى صرفها شهرياً تعتبر فى حكم الإيرادات فتتقادم بخمس سنوات » عملاً بالمادة ٢/٣٧٥ « ومن ثم فإن الحق

---

(١) انظر أيضا نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ (وقد قضى فيه بأنه إذا ما كان عقد الإيجار باطلا بطلانا مطلقا ، فإن حق المؤجر فى المطالبة بالريع يسقط بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة) .

فى المطالبة بالفروق المتعلقة بهذه المبالغ يتقادم أيضاً بهذه المدة » [1] .

(ب) حقوق بعض أصحاب المهن الحرة :

٤٩٤- كذلك « تتقادم بخمس سنوات ، حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين » م ٣٧٦ . على أن يلاحظ ما يأتى:

١- أن تعداد المهن الحرة التى وردت فى هذا النص ، هو تعداد حصر . ومن ثم يخضع للتقادم العادى (وليس الخمسى) حق من لا يمتهن أى من هذه المهن : كحق المؤلف قبل الناشر ، وحق الفنان أو المحاسب .

٢-يشترط حتى تخضع هذه الحقوق للتقادم الخمسى أن تكون مستحقة لمن ورد ذكرهم فى هذا النص « جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » م ٣٧٦ .

٣-يبدأ سريان تقادم هذه الحقوق « من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى » م ١/٣٧٩ . فطبيب العائلة – على سبيل المثال – حين يكون أجره محددا على أساس كل عملية على حدة ، فإن حقه – إذا استمر يكرر زيارته لمريض واحد فى خصوص مرض واحد – لا يعتبر قائما إلا من آخر زيارة . ومن ثم لا يبدأ سريان تقادمه إلا منذ هذا الوقت الذى أتم فيه تقدمته . أما إذا كان يعود أكثر من مريض ، فإنه ينظر إلى كل عملية على حدة ، فمتى انتهى منها ، اعتبر حقه قائما ، ويبدأ سريان التقادم فى خصوصه ، ولو كان لا يزال يعود مريضا آخر .

---

(١) نقض ١٩٦٤/٥/٢٨ المجموعة س١٥ ص٧٤٢ .

٤- أن من المسلم به – بالرغم من أن المشرع لم يقتض لإمكان التمسك بالتقادم . أن يحلف المدين يمينا على تأدية الدين – أن أساس التقادم في هذه الحالة هو قرينة الوفاء . لأن الغالب ألا يتراخى أصحاب هذه المهن في اقتضاء حقوقهم عنها لأكثر من خمس سنوات . فضلا عن أن العادة لم تجر على أن يستكتب المدينون فيها الدائنين مخالصات تثبت سدادها لأن الدائنين بها لم تجر عادتهم بدورهم على تحرير السندات المثبتة لحقهم فيها . ومتى كان ذلك ، فإذا تضمن موقف المدين ما يتنافى وهذه القرينة ، فانه لا يجوز له أن يتمسك بالتقادم (كما لو بدأ أولاً بإنكار الدين من أساسه) .

٥- أنه « إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » م ٢/٣٧٩ . ويجد هذا النص تبريره ، في أن المدين – في مثل هذا الفرض – لو كان قد أوفى حقيقة لكان قد اهتم بأن يأخذ من الدائن مخالصة الوفاء . مادام أن هذا الأخير قد سبق إلى اقتضاء سند مثبت لحقه في مواجهة المدين .

(جـ) الضرائب والرسوم :

٤٩٥- كان دين الضرائب والرسوم المستحقة للدولة يخضع – في الفقرة الأولى من المادة ٣٧٧ مدني – لمدة تقادم ثلاثية . كما كان يخضع للتقادم الثلاثي أيضاً ، وفقاً للفقرة الثانية من نفس المادة « الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق » .

وقد استدركت الفقرة الثالثة من نفس المادة على الأحكام السابقة بقولها أنها « لا تخل ... بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة » [١] .

---

(١) انظر – تبعاً لذلك – ما قضت به محكمة النقض من أن تقادم الحق في =

٤٩٦- وفضلاً عن هذا الاستدراك العام فإن نص الفقرة (١) من المادة ٣٣٧ – في خصوص « الضرائب والرسوم المستحقة للدولة » قد عدل ، فيما بعد ، بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ وأصبحت مدة تقادم هذه وتلك هي خمس سنوات [(١)(٢)] ، سواء كانت هذه الضرائب أو الرسوم ، دورية (كعوائد الأملاك ، أو الضرائب العقارية على الأراضي الزراعية) [(٣)] أو غير دورية (كضرائب التركات ، ورسم الأيلولة قبل إلغائه) [(٤)] أما الحق في استرداد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ، فقد بقيت القاعدة العامة بشأنه هي قاعدة التقادم الثلاثي [(٥)(٦)] .

= استرداد صاحب الشأن رسوم الشهر العقاري ، إنما يبدأ في السريان من تاريخ استحالة إجراء الشهر . نقض ١٩٧٨/٢/٢١ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٠٧ ص٥٤٥ .

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٨٠/١/٢٠ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقم ٤٧ ص٢٢٧ ، نقض ١٩٧٩/١/١٠ المجموعة ٣٠ (عدد ١) رقم ٣٩ ص١٥٢ ، نقض ١٩٧٧/٣/١ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ١٠٨ ص٥٨٦ .

(٢) وقد زيدت هذه المدة إلى ست سنوات بمقتضى المادة ٩١ من قانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ « إذا كان الممول متهرباً من أداء الضريبة » .

(٣) انظر نقض ١٩٧٨/١١/٢١ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٣٢ ص١٧٢٦ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٧٨/١/١٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٣ ص١٣٨ (وقد قضت فيه بأن الوفاة هي الواقعة المنشئة لرسم الأيلولة وضريبة التركات ، ومن ثم تكون الوفاة هي مبدأ سريان التقادم الخمسي) .

(٥) انظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٨٠/٥/٢٧ المجموعة السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٢٨٧ ص١٥٢٧ .

(٦) ومن بين الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة ، ما يقضي به القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٤ في شأن مستحقات هيئة التأمينات قبل أرباب الأعمال ، من اشتراكات عن عمالهم ، حيث يسقط حقهم في استرداد ما يدفعونه من اشتراكات زائداً عما يلتزمون به قانوناً ، بانقضاء سنتين من تاريخ الدفع . انظر في تطبيق لذلك : نقض ١٩٨٠/٥/٢٧ المجموعة السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٢٨٧ ص١٥٢٧ .

٤٩٧- وفى تقديرنا ، أن هذا الوضع ، كان منتقداً . فلم يكن من مبررٌ مقبول لأن يفرق المشرع في المعاملة ، فيما يتعلق بمدة التقادم ، بين دين الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ، وحق الممول فى المطالبة برد ما دفعه للدولة من ضريبة أو رسم بغير حق ، فيطيل المدة بالنسبة للأولى ، فيما يبقيها ، على حالها ، بالنسبة للثانية .

٤٩٨- وإلى هذا ، فقد كان وجه تفرقة فى المعاملة ، آخر ، لا يقل ، فى تقديرنا ، انتقاداً ، كان يتعلق بمبدأ سريان التقادم : فقد كانت المادة ٣٣٧ تجعل مبدأ « سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية (المستحقة للدولة) من نهاية السنة التى تستحق عنها [١]، وفى الرسوم المستحقة على الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق » [٢] . بينما كانت تجعل مبدأ سريان تقادم الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق « من يوم دفعها » وهو ما قررت - فى شأنه - محكمة النقض ، أنه (أى هذا التقادم) « يبدأ فى السريان من يوم هذا الدفع ، دون توقف على علم الطالب بحقه فى الرد » [٣] . وقد بقيت هذه التفرقة قائمة مع صدور القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ .

٤٩٩- ثم ما لبس المشرع - وحسناً فعل - أن عالج هذا الازدواج المعيب ، في كل من وجهيه السابقين ، وذلك بقانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ . فجعل - فى المادة ٩١ منه « للمموّل طلب استرداد

---

(١) انظر نقض ١٩٧٨/١١/٢١ المجموعة السنة ٢٩ ص١٧٢٦ .

(٢) أو « من تاريخ تحريرها إذا لم يحصل مرافعة » .

(٣) نقض ١٩٧٧/٦/٢٧ المجموعة السنة ٢٨ عدد ١ رقم ٢٦٤ ص ١٥١٩ .

المبالغ المسددة بالزيادة ، تحت حساب الضريبة ؛ خلال خمس سنوات » ، وجعل مبدأ سريان هذا التقادم « من تاريخ نشوء حق الممول في الاسترداد » . كما جعل مبدأ سريان تقادم دين الضريبة (المستحق للدولة) « من تاريخ انتهاء المدة المحددة قانوناً لتقديم الإقرار عن الفترة الضريبية » [1] .

وفى خطوة أكثر حضارية ، نص (لمصلحة الممول) ، فى المادة ١١٢ من نفس القانون على أنه : « إذا تبين للمصلحة (مصلحة الضرائب) أحقية الممول فى استرداد كل أو بعض الضرائب أو غيرها من المبالغ التى أديت بغير وجه حق ، التزمت برد هذه الضرائب والمبالغ خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ طلب الممول الاسترداد وإلاّ استحق عليها مقابل تأخير على أساس سعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزى فى الأول من يناير السابق على تاريخ استحقاق الضريبة مخصوماً منه ٢% » . كما نص فى المادة ١١٣ على أن : « تقع المقاصة بقوة القانون بين ما أداه الممول بالزيادة فى أى ضريبة يفرضها هذا القانون وبين ما يكون مستحقاً

---

(١) وهذه المدة هى – فى المادة ٨٣ من هذا القانون . . (أ) « قبل أول ابريل من كل سنة تالية لانتهاء الفترة الضريبية عن السنة السابقة لها بالنسبة إلى الأشخاص الطبيعيين . (ب) : قبل أول مايو من كل سنة أو خلال أربعة أشهر تالية لتاريخ انتهاء السنة المالية بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية » . وقبل صدور هذا القانون ، حيث كان مبدأ سريان تقادم دين الضريبة يخضع للقواعد العامة ، كان يجرى قضاء النقض على أن « مدة سقوط الحق فى المطالبة بدين الضريبة إنما تبدأ – طبقاً للقواعد العامة – من اللحظة التى تتولد فيها الواقعة المنشئة للضريبة ، وهذه الواقعة هى تولدُ الإيراد الخاضع لها (أى الضريبة) » . انظر نقض ١٩٦٨/١/١٠ المجموعة س١٩ ص٢٤ (حيث كان الأمر يتعلق بضريبة على إيرادات القيم المنقولة متمثلة فى توزيع أسهم مجانية على مساهمين فى شركة طبقاً لقرار جمعيتها العمومية) .

-= وواجب الأداء بموجب أى قانون ضريبى تطبقه المصلحة » .

حقوق أخرى :

٥٠٠- وإلى ما تقدم ، فإن ثمة حقوق أخرى تخضع للتقادم الخمسى ورد النص عليها فى مواضع متفرقة من قوانين خاصة .

منها :

- الالتزام الصرفى :

فلئن كان « الأصل فى الالتزام ، مدنياً كان أم تجارياً ، أن يتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة وفقاً لنص المادة ٣٧٤ من القانون المدنى ، إلا أن المشرع التجارى خرج على هذا الأصل وقرر تقادماً قصيراً مدته خمس سنوات بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية » [1] (مادة ١٩٤ من

---

(١) نقض ١٩٧٨/٣/٢٣ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٠٤ ، ٧٠٥ وفيه أشارت المحكمة إلى أن هذا التقادم يستند على قرينة الوفاء « إذ قدر المشرع أن سكوت حامل الورقة التجارية عن المطالبة بحقه مدة خمس سنوات يفترض معه أنه استوفى حقه » وانظر أيضاً نقض ١٩٦٩/٤/٢٤ المجموعة س٢٠ ص٦٨٥ وفيه استطردت المحكمة قائلة أنه « يشترط لقيام هذه القرينة ألا يصدر من المدين ما يستخلص منه أن ذمته لا تزال مشغولة بالدين ، كأن يعترف صراحة أو ضمناً بأنه لم يسبق له الوفاء بالدين . وتمسك المدين ببطلان التزامه لعدم مشروعية سببه يتضمن إقراراً منه بعدم وفائه بهذا الدين ومن ثم فإنه لا يجوز له بعد إبداء هذا الدفاع أن يدفع بسقوط حق الدائن فى المطالبة بالتقادم الخمسى المنصوص عليه في المادة ١٩٤ من قانون التجارة » . وانظر أيضاً نقض ١٩٧٦/٤/٥ المجموعة س٢٧ ص٨٥٦ وقد جاء فيه أن : « إنشاء الورقة التجارية كأداة للوفاء بالتزام سابق وإن كان يترتب عليه نشوء التزام جديد هو الالتزام الصرفى إلى جوار الالتزام الأصلى بحيث يكون للدائن الخيار فى الرجوع على المدين بدعوى الصرف أو بدعوى الدين الأصلى ، إلا أنه متى سلك فى المطالبة سبيل دعوى =

قانون التجارة) .

- الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية أو القوامة :

ويقصد بها ما يكون للقاصر أو المحجور عليه من الدعاوى الشخصية الناشئة عن أمور الوصاية ، والقوامة بعد انتهائها .

فقد كانت المادة ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تنص على أن : « كل دعوى للقاصر على وصيه ، أو للمحجور عليه على قيمّه ، تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية أو القوامة » . ويندرج فى هذه الدعاوى ، كذلك ، « دعاوى طلب الحساب الناشئة عن الحساب الذى يكون الوصى أو القيم قد قدمه إلى المحكمة الحسبية » [(١)] إلى غير ذلك من الأمثلة .

ثانياً : التقادم الثلاثى :

٥٠١- تخضع لهذا النوع من التقادم بعض حقوق ورد النص عليها فى مواضع متفرقة من القانون المدنى ، نجد المناسبة هنا للإشارة إلى بعض منها :

فمن ذلك : ما تنص به المادة ١٧٢ من سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه

= الصرف فإنه يكون خاضعاً لجميع الأحكام والقواعد التى تحكم هذه الدعوى وحدها بغض النظر عن القواعد التى تحكم الالتزام الأصلى وذلك لاستقلال كل من الالتزامين وتفرد الالتزام الصرفى بأحكامه الخاصة ومن بينها تقادم الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات على خلاف القواعد العامة » .

(١) راجع من تطبيقات القضاء : نقض١٤/٤/١٩٦٦ المجموعة س١٧ ص٨٥٢ .

المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه »[1][2] ، وذلك بحد أقصى – في كل الأحوال – خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

ومنه أيضاً ما نص عليه المشرع فى المادة ١٨٠ من سقوط دعوى « التعويض عن الإثراء بلا سبب ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض ، وتسقط الدعوى ، كذلك ، فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » وما نص عليه فى المادة ١٨٧ من سقوط « دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد ، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » . وما نص عليه فى المادة ١٩٧ من سقوط « الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى

---

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٥/٢٣ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٥٥ ص ١٣٠٦ (وقد جاء فيه أن العلم الظنى الذى لا يحيط به المضرور بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه ، لا يبدأ منه سريان التقادم الثلاثى لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع) .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٨٣/٥/١٩ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٤٤ ، ٧٤٥ (فى خصوص تقادم تعويض موروث) ونقض ١٩٦٩/١٠/١٠ المجموعة س٢٠ ص١٩٩ (فى خصوص سقوط دعوى التعويض المرفوعة على التابع) . وقد رتبت المحكمة على سقوط حق المضرور فى الرجوع على التابع ، بالتقادم ، أنه « إذا تبين عند الفصل فى الدعوى التى رفعها المضرور على المتبوع واختصم هذا فيها تابعه ، أن حق المضرور قبل التابع قد سقط بالتقادم ، وتمسك التابع بهذا التقادم ، فإنه لا يجوز أن يحكم عليه بشيء للمتبوع ، لأنه لا جدوى من حكم لا يمكن تنفيذه » ، مادام أن « حق المتبوع فى الرجوع على تابعه » مشروط بـ « ألا يكون التعويض الذى يوفى به قد سقط بالتقادم بالنسبة للتابع » .

يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » .

ومنه أيضاً ما نُصَّ عليه فى المادة ١٤٠ من سقوط « الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ويبدأ سريان هذه المدة ، فى حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » .

ومنه أيضاً ما نص عليه فى المادة ٢٤٣ من سقوط « دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشر سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » .

ومنه أيضاً ما نص عليه فى المادة ٤٢٦ من سقوط « دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن [١] إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » .

ومنه أيضاً ما نص عليه فى المادة ٦٥٤ (فى خصوص الضمان العشرى الذى يلتزم به المهندس المعمارى والمقاول متضامنين لمصلحة رب العمل) [٢] من سقوط دعوى هذا الضمان « بانقضاء ثلاث سنوات من وقت

---

(١) فى بيع عقار غير كامل الأهلية .

(٢) راجع فى الضمان العشرى ، هذا ، محمد شكري سرور : مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشأة الثابتة الأخرى ، دراسة مقارنة فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى ، طبعة ١٩٨٥ الصفحات من ١٩٠ إلى ٣٨١ البنود من ١٦٥ إلى ٣٦٢ (نال هذا المؤلف جائزة الدولة التشجيعية فى القانون المدنى) .

حصول التهدم أو انكشاف العيب » فى المبنى أو المنشأة محل الضمان .

إلى غير ذلك من الأمثلة .

تابع : التقادم الثلاثى :

تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين :

٥٠٢- لأهمية هذا التطبيق من تطبيقات التقادم الثلاثى ، وخصوصية بعض أحكامه ، نفرد له هذا الموضع من الدراسة :

٥٠٣- تنص المادة ٧٥٢ من التقنين المدنى [1] على ما يأتى :

« ١- تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاثة سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى » .

« ٢- ومع ذلك لا تسرى هذه المدة : (أ) فى حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر ، إلا من اليوم الذى علم فيه المؤمن بذلك . (ب) فى حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذى علم فيه ذوو الشأن بوقوعه » [2] .

٥٠٤- والنص - كما يظهر - يقيم تقادماً خاصاً ، مدته ثلاث

---

(١) وهذا النص خاص بالتأمين البرىّ . أما التأمين البحرى فإن التقادم فيه يخضع لأحكام خاصة .

(٢) ويقابل هذا النص فى فرنسا ، المادة ٢٥ من قانون التأمين (١٩٣٠) ؛ وإن كانت مدة التقادم فيها سنتين . راجع فى مبررات هذا التقادم القصير والتطور التاريخى الذى أدى إليه :

PICARD (M) et BESSON (A) : Les assurances terrestres en droit Français To : 1 3ed 1970 p . 241 No : 149; LAMBERT – FAIVRE (Y) : Des assurances 1973 p . 111 No : 66; DE L'ISLE (G . B) : Droit des assurances . 1973 p . 118 .

سنوات ، للدعاوى التى يعنيها ، وهى الدعاوى التى تعتبر ناشئة مباشرة عن عقد التأمين نفسه . أما الدعاوى التى لا تعتبر كذلك فإنه لا يسرى عليها هذا النص وبالتالى فإنها تظل خاضعة لنوع التقادم الخاص بكل منها .

ولكون هذا التقادم مقرراً بنص خاص فإنه هو الذى يسرى على الدعاوى التى ينتظمها ، حتى ولو كان الحق محل المطالبة بتلك الدعاوى مما يخضع – فى النظرية العامة له – لمدة تقادم مختلفة ، كما هو الحال مثلاً فى دعوى المطالبة بالقسط . فهذه الدعوى ، لكونها من الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين (كما سيجئ) ينتظمها نص المادة ٧٥٢ ومن ثم تتقادم بثلاث سنوات مع أن دين القسط – محل المطالبة بها – هو من الديون الدورية المتجددة التى تتقادم – فى النظرية العامة لها – بخمس سنوات طبقاً للمادة /٣٧٥ مدنى [١] .

* * *

وعلى ما تقدم :

٥٠٥– تخضع للتقادم الثلاثى المقرر بالمادة / ٧٥٢ :

دعاوى المؤمن : المتمثلة فى : دعوى المطالبة بالأقساط [٢]، ودعاوى بطلان أو إبطال عقد التأمين ، ودعاوى فسخ عقد التأمين أياً كان سبب الفسخ ، ودعوى رجوع المؤمن على المستأمن ساقط الضمان [٣] بما دفعه المؤمن من تعويض للمضرور [٤] .

---

(١) فى هذا المعنى أيضاً : بيكار وبيسون ص٢٤١ بند ١٤٩ ؛ السنهورى ، الوسيط ، ج٧ ، مجلد ٢ (عقود الغرر وعقد التأمين) ١٩٦٤ ص١٧٢١بند ٦٧٣ .

(٢) انظر الملاحظة المنوه عنها ، سابقاً ، بند ٤٦٩ .

(٣) Déchu de la garantie .

(٤) انظر : بيكار وبيسون ص٢٤٣ بند ١٥٠ ، لامبير – فيفر ص ١١٢ =

ودعاوى المستأمن (أو المستفيد): المتمثلة فى : دعوى المطالبة بمبلغ (أو بعوض) التأمين عند تحقّق الخطر المؤمن منه ، ودعاوى البطلان أو الإبطال أو الفسخ ، ودعوى المسئولية التى يرفعها على المؤمن إذا أساء هذا تنفيذ ما فوّضه فيه المستأمن من إدارة دعوى المسئولية المرفوعة عليه من المضرور .

٥٠٦- وبالمقابلة : لا تخضع للتقادم المنصوص عليه بالمادة ٧٥٢ وإنما للتقادم الخاص بكل منها [١]، الدعاوى التالية :

١- دعوى المسئولية التى يرفعها المضرور على المسئول ، إذا كان هذا الأخير قد أمن نفسه من هذه المسئولية [٢] .

٢- الدعوى المباشرة التى يرفعها المضرور على المؤمن ، فى حالة التأمين من المسئولية [٣] .

٣- دعوى المستأمن ضد المسئول عن تحقّق الخطر المؤمن منه :

= بند ٦٧ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ٢/٧ ، ١٩٥٦/٤/١٧ (ر.ج.أ.ت ١٩٥٦-١٩١) ؛ بواتييه ١٩٦٢/١٢/١٨ (نفس الدورية ١٩٦٣-٣٦) .

(١) لكونها لا تعتبر من الدعاوى الناشئة مباشرة من عقد التأمين .

(٢) انظر : بيكار وبيسون ص٢٤٣ بند١٥٠ ؛ لامبير - فيفر ص ١١٢ بند٦٧ ؛ والسنهورى ص ١٧١٩ بند٦٧١ ؛ ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : محكمة سانت إتيين التجارية فى فى ١٩٤٨/٦/١ (ر .ج .أ .ت ١٩٤٨-٢٣٠) .

(٣) انظر : بيكار وبيسون ، الموضع السابق ، دى ليسل ص١١٨ ؛ لامبير - فيفر ، الموضع السابق ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٣٩/٣/٢٨ (ر.ج.أ.ت ١٩٣٩-٢٨٦) ؛ نقض ١٩٤١/٣/١٦ (نفس الدورية ١٩٤١-٣٠١) . وانظر فى تأسيس هذا الحل : بيكار وبيسون ، السابق لامبير - فيفر ص ١١٣ ، ١١٢ بند/٦٧ ص/٢٦٣ بند/١٩٢ .

كدعواه ضد من تسبب في الحريق (في حالة التأمين من الحريق) ، أو دعواه ضد السارق (في حالة التأمين من السرقة) [1] .

٤- دعوى الحلول ، عندما يحل المؤمن محل المستأمن في الرجوع على المسئول عن الحادث المؤمن منه [2] .

٥- دعوى الدائن المرتهن أو الدائن صاحب حق الامتياز بما له من حق على مبلغ التأمين ، لأن هذه الدعاوى تستند إلى القانون لا إلى عقد التأمين [3] .

٦- دعوى سمسار التأمين للمطالبة بسمسرته ، لأن هذه الدعوى تنشأ من عقد السمسرة لا من عقد التأمين [4] .

٧- دعاوى المؤمنين ضد مندوبيهم العموميين ، أو العكس [5] .

٥٠٧- وطبقاً لصريح المادة / ٧٥٢ تسرى مدة ثلاث السنوات « من

---

(١) انظر : السنهوري ص١٧٢٠ بند ٦٧٣ ، البدراوى (١٩٦٨) بند ٢٦٩ ص٣٨٣ .

(٢) انظر بيكار وبيسون ص٢٤٣ بند ١٥٠ ؛ دى ليسل ص ١١٨ ، ١١٩ ؛ لامبير – فيفر ص ١١٣ بند ٦٧ ، وبند ١٦٧ ؛ ومن تطبيقات القضاء الفرنسي : حكم مجلس الدولة في ١٩٣٣/١١/١٧ (ر .ج .أ .ت ١٩٣٤-٧٤) ؛ نقض ١٩٦١/٥/٢٦ (نفس الدورية ١٩٦٢-٤٤) .

(٣) انظر : السنهوري ص ١٧٢٠ بند ٦٧٣ ، عبدالمنعم البدراوى العقود المسماة (الإيجار والتأمين) (١٩٦٨) بند ٢٦٨ ص٣٨٣ .

(٤) السنهوري ، الموضع السابق .

(٥) بيكار وبيسون ص٢٤٢ هامش/١٠ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٦٨/١٢/٤ (ر.ج.أ.ت ١٩٦٩-١٨٠) .

وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها الدعوى » . ومن ثم :

فدعوى المطالبة بالقسط يسرى تقادمها بدءاً من وقت حلول أجل القسط ، ودعوى الفسخ (أو الإنهاء) أو السقوط ، بدءاً من وقت حدوث الواقعة منشأ أى منها ، ودعوى المطالبة بعوض التأمين (فى التأمين من المسئولية) بدءاً من وقت مطالبة المضرور للمستأمن ودياً أو قضائياً بعد وقوع الحادث المؤمن منه [1]، ودعوى رجوع المؤمن (فى ذات النوع من التأمين) – بما دفعه من تعويض للمضرور – على المستأمن ساقط الحق فى الضمان (déchu) [2]، بدءاً من وقت الدفع [3] ... وهكذا .

٥٠٨– غير أن هناك حالتين يتأخر فيهما مبدأ سريان التقادم عن وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها الدعوى ، وهما :

أولاً : حالة « إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات

---

(١) وعلى ذلك فإنه : إذا كان المضرور قد ادعى مدنياً – قبل المستأمن (مرتكب الحادث) – بتعويض مؤقت ، فى محضر تحقيق النيابة فى الجنحة المحررة بشأن الحادث ؛ وجب احتساب مدة التقادم المسقط (لدعوى المستأمن قبل المؤمن) اعتبار من هذا التاريخ (أى تاريخ تحرير المحضر) وليس من تاريخ رفع المضرور دعوى التعويض النهائى أمام القضاء المدنى ، وذلك تأسيساً على أن هذه المطالبة (فى المحضر) هى الواقعة المنشئة لدعوى المستأمن قبل المؤمن . انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٩/٥/١٥ (مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣٠ عدد ٢ ص٣٥٧) وفيه نقضت حكم الاستئناف الذى كان قد خالف هذا النظر وجعل مبدأ سريان التقادم من تاريخ رفع المضرور دعوى التعويض النهائى أمام القضاء المدنى .

(٢) إزاء كون المؤمن لا يستطيع الاحتجاج بهذا السقوط على المضرور .

(٣) فى هذا المعنى : بيكار وبيسون ص ٢٤٣ بند ١٥١ ؛ ومن أحكام القضاء الفرنسى : نقض ٢/٧ ، ١٩٥٦/٤/١٧ (ر.ج.أ.ت ١٩٥٦-١٩١) ؛ ليون ١٩٦٩/٣/٢٥ (نفس الدورية ١٩٦٩-٥١١) .

غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر » (م/٧٥٢-٢) :

فدعوى البطلان أو الإبطال أو زيادة القسط (حسب الأحوال) التى تنشأ للمؤمن في هذه الحالة ، لا تسقط أى منها إلا من يوم علم المؤمن بالإخفاء أو بعدم صحة البيانات أو بعدم دقتها ، وليس من وقت إخفاء البيانات أو تقديم البيانات غير الصحيحة أو غير الدقيقة [(١)] .

ويقع على المؤمن الذى يتمسك بهذا الاستثناء (ومن ثم بإرجاء بدء سريان التقادم) عبء إثبات أنه لم يكن يعلم بالواقعة التى تولدت عنها الدعوى [(٢)] . كما أن عليه أن يثبت أيضاً الوقت الذى علم فيه بهذه الواقعة ، حتى يبدأ سريان التقادم من هذا الوقت [(٣)] .

ثانياً : حالة وقوع الحادث المؤمن منه [(٤)]:

فدعوى ذى الشأن (مستأمناً كان هذا أم مستفيداً) [(٥)]، بالمطالبة بمبلغ التأمين ، لا يبدأ تقادمها فى السريان إلا من اليوم الذى علم فيه ذو الشأن بوقوع ذلك الحادث وليس من وقت وقوع الحادث نفسه [(٦)] .

---

(١) لمزيد من التفاصيل فى هذه الحالة (الاستثنائية) ، انظر : محمد شكرى سرور ، شرح أحكام عقد التأمين ٢٠٠٧-٢٠٠٨ الصفحات من ٣٦ ، ٤٣٧ بند ٤٨١ والفقه والقضاء الفرنسيين المشار إليهما فيه .

(٢)،(٣) انظر بيكار وبيسون الموضع السابق ، دى ليسل ص١٢٠ ؛ السنهورى ص١٧٢٤ بند ٦٧٥ ؛ البدراوى (١٩٦٨) بند ٢٦٩ ص٣٨٤ .

(٤) وعلى نفس الاستثناء ، المادة ٢٥-٢ من قانون التأمين الفرنسى .

(٥) انظر : بيكار وبيسون الموضع السابق ، دى ليسل ، الموضع السابق ؛ ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض (اجتماعى) ١٩٤٢/١١/٦ (ر.ج.أ.ت ١٩٤٣-٢١) ؛ نقض ١٩٤٤/٣/٢٨ (نفس الدورية ١٩٤٤-١٥١) .

(٦) أما دعوى المضرور ، المباشرة ، ضد المؤمن ، فإن تقادمها يبدأ فى =

وهنا أيضاً ، يقع على عاتق من يطالب بمبلغ التأمين عبء إثبات أنه كان لا يعلم بوقوع الحادث ، وكذلك عبء إثبات وقت علمه بوقوعه [١] . وتقدير عدم العلم هذا (أو الجهل) يدخل فى إطار السلطة التقديرية لقاضى الموضوع [٢] .

وإذا حدث أن كان المستفيد يعلم بموت المؤمن على حياته ولكنه كان يجهل وجود تأمين لصالحه أصلاً ، فإن التقادم لا يسرى إلا بدءاً من وقت علمه بهذا التأمين [٣] .

= السريان من وقت وقوع الفعل الذى سبب الضرر له « لأن المضرور يستمد حقه المباشر ، بموجب النص القانونى ، من نفس العمل غير المشروع الذى أنشأ حقه قبل المستأمن » . فهى – من هذا – تختلف عن دعوى ذى الشأن (مستأمناً أم مستفيداً) ضد المؤمن بالمطالبة بمبلغ التأمين عند وقوع الكارثة ، إذ يسرى تقادمها بدءاً من اليوم الذى علم فيه ذو الشأن بوقوع الكارثة ، بحسبانها دعوى ناشئة من عقد التأمين . كما تختلف عن دعوى المستأمن (الذى أمّن على مسئوليته) ضد المؤمن بسبب مطالبة المضرور للمستأمن بالتعويض ، فتقادمها يبدأ فى السريان من وقت مطالبة المضرور للمستأمن بالتعويض مطالبة قضائية أو ودية . انظر نقض مصرى ١٩٦٩/٣/٢٧ (مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٠ رقم ٨١ ص٥٠٠) .

(١) فى هذا المعنى : السنهورى ص١٧٢٥ بند٦٧٥ ؛ وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٤٢/١١/٦ (ر.ج.أ.ت ١٩٤٣-٢١) ؛ نقض ١٩٥٣/١١/١٧ (نفس الدورية ١٩٥٤-٢٠٩) ؛ نقض ١٩٦٨/٦/٢٦ (١٩٦٨-٤٩١) ؛ نقض ١٩٦٩/١/٧ (١٩٦٩-٣٥٥) ؛ نقض ١٩٦٩/٧/٧ (ج.ك.ب ١٩٦٩-٤-٢٢٩) ؛ محكمة شاتودين ١٩٣٩/٣/١٥ (ر.ج.أ.ت ١٩٤٠-١٧٣) .

(٢) نقض فرنسى ١٩٦٩/١/٧ سابق الإشارة إليه .

(٣) انظر : بيكار وبيسون ص٢٤٦ بند ١٥٣ ، وهما يبرران هذا الحل بالقول بأنه ، طالما أن الكارثة هى « تحققٍ خطر منصوص عليه بالعقد تحققاً من شأنه أن يعمل ضمان المؤمن » فإن : =

وفى التأمين من الإصابات ، يسرى التقادم من وقت علم المستأمن بأن الإصابة التى حدثت – وإن كانت قد بدأت « بسيطة » بحيث لا تدخل فى نطاق التأمين – قد تطورت بعد ذلك بحيث أنها تدخل فى هذا النطاق .

وبالمثل ، فى حالة السرقة ، يسرى التقادم من يوم علم المستأمن بواقعة السرقة التى كان ضحيتها وليس فقط من اليوم الذى حكم على السارق فيه بالإدانة [1] .

ثالثاً : التقادم الحولى

٥٠٩– وتتقادم بسنة واحدة ، وفقاً للمادة ٣٧٨ الطوائف التالية من الحقوق :

(أ) حقوق التجار والصناع ، بشرط أن تكون ناشئة عما وردوه « لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء » . وبديهى أن كل صفقة توريد تعتبر مستقلة عن الأخرى ، ويسرى التقادم بشأنها من وقت إتمامها ، طبقاً للعرف المتبع ، ولو استمر التاجر أو الصانع يقدم توريدات أخرى .

وكذلك أيضاً ، « حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم » . وتحسب كل إقامة مستقلة

= «Seule la connaissance du contrat permet de penser que le fait envisagé est de nature à entrainer la garantie de l'assureur»

وانظر أيضاً : لامبير-فيفر ص١١٤ بند٦٨ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض (اجتماعى) ١٩٤٢/١١/٦ سابق الإشارة إليه ؛ باريس ١٩٦٩/١٠/٢٨ (ج.ك.ت ١٩٧٠-٢-١٦٣١٨ وتعليق BIGOT) ؛ وفى مصر : السنهورى تكملة هامش ٥ من ص١٧٢٤ فى ص١٧٢٥ .

(١) فى هذا المعنى : بيكار وبيسون بند ١٥٣ ؛ وعكس ذلك : نقض فرنسى ١٩٦٢/٧/١٧ (ر .ج .أ .ت . ١٩٦٣-١٩٣) .

عن سابقاتها ولو كان النزيل يعتاد الإقامة فى فندق معين .

(ب) « حقوق العمال والخدم والأجراء ، من أجور [1] يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » .

٥١٠– وهذا النوع من التقادم الحولى ، يستند فى تصور المشرع نفسه إلى قرينة الوفاء ؛ إذ لا يعقل أن الدائن بأمثال هذه الحقوق ، خاصة إذا كان عاملاً أو خادماً أو أجيراً ، يسكت عن اقتضاء حقه لمدة أكثر من سنة .

---

(١) انظر – مع ذلك – حكم نقض ١٩٧٧/٢/١٩ المجموعة س٢٨ ص٤٧٨ وقد جاء فيه أنه : « لما كان التعبير بكلمتى (المهايا والأجور) فى نص المادة ٣٧٥ ... قد ورد بصيغة عامة بحيث يشمل أجور جميع العاملين سواء كانوا من العمال أو من الموظفين والمستخدمين ، فيكون قصره على أجور الأخيرين تخصيصاً لعموم النص بغير مخصص وهو مالا يصح . ومؤدى ما تقدم أن أجور العمال تخضع لكل من التقادم الخمسي والتقادم الحولى المنصوص عليهما فى المادتين ٣٧٥ ، ٣٧٨ . لما كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى أن المطعون ضدهم – ورثة رب العمل – تمسكوا أصلياً بالتقادم الخمسى واحتياطياً بالتقادم الحولى فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتقادم الأول لانطباقه على واقعة الدعوى ، لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » .

وكانت المحكمة قد مهدت لقضائها هذا بقولها أن « التقادم الخمسى للحقوق الدورية المتجددة المنصوص عليه فى المادة ٣٧٥ . . . لا يقوم على قرينة الوفاء وإنما يرجع فى أساسه إلى تجنيب المدين عبء الوفاء بما تراكم من تلك الديون لو تركت بغير مطالبة مدة تزيد على خمس سنوات ولذلك جعل له أن يتمسك بالتقادم بانقضاء هذه المدة ولو بعد إقراره بوجود المدين فى ذمته ، بينما يقوم التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ ... على قرينة الوفاء وهى مظنة رأى المشرع توثيقها بيمين يؤديها المدين أو ورثته . ويبين من ذلك أن هذين النوعين من التقادم يختلف كل منهما عن الآخر فى أحكامه ومبناه » .

وانظر أيضاً ، فى نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٤/٥/٢٥ المجموعة س٢٥ ص٩٣٥ .

وقد رتب المشرع على هذه القرينة النتائج التالية :

١- أنه – تماماً كما هو الحال فى تقادم حقوق بعض ذوى المهن الحرة خمسياً ، ولنفس العلة – « إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشر سنة » م ٢/٣٧٩ .

٢- أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة ، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً . وهذه اليمين [1] يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم إن كانوا قصرا ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » م ٢/٣٧٨ .

ويتفرع على تأسيس هذا التقادم على قرينة الوفاء ، أنه إذا تعارض موقف المدين مع هذه القرينة ، فإنه لا يجوز له التمسك بالتقادم الحولى . كما لو بدأ – على سبيل المثال – بإنكار نشوء الدين أصلاً .

(جـ) حقوق أخرى :

وإلى ما تقدم ، فقد نص المشرع على تقادم حولى فى مواضع أخرى متفرقة ، لا يتسع المقام لشرحها [2] .

---

(١) ويقال لها « يمين الاستيثاق » .

(٢) منها : – ما ورد النص عليه – فى باب التزام المرافق العامة – من حق العميل فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة ، إذا وقع انحراف أو غلط ضد مصلحته عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية . ومن حق الملتزم بالمرفق العام فى استكمال ما تبقى من الأسعار المقررة ، إذا وقع ذلك الانحراف أو الغلط ضد مصلحته . حيث ، فى الحالتين ، « يسقط الحق ... بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة » (مادة ٢/٦٧٢) .

وما ورد النص عليه – فى باب عقد العمل – من سقوط الدعاوى الناشئة عن =

المطلب الثانى
كيفية حساب مدة التقادم

مبدأ سريان التقادم :

٥١١- لما كان مبنى التقادم ، كما سبق أن ذكرنا هو أن الدائن يقعد عن المطالبة بحقه ، مع إمكان هذه المطالبة ، المدة التى حددها القانون ، بما يبرر سقوط هذا الحق [١]، فإنه يفترض بداهة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . ومن ثم يصبح مفهوماً ما تقضى به المادة ١/٣٨١ من أنه « لا يبدأ سريان التقادم – فيما لم يرد فيه نص خاص – إلا من اليوم الذى أصبح فيه الدين مستحق الأداء » .

ويتفرع على ذلك [٢]:

١- أنه إذا كان الدين معلقاً على شرط واقف [٣]، فإن التقادم لا يسرى

= ذلك العقد ، بالتقادم ، « بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد ، إلا فيما يتعلق بالعمالة ، والمشاركة فى الأرباح والنسب المئوية فى جملة الإيراد ، فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد . ولا يسرى هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو بتنفيذ نصوص عقد العمل التى ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار » (مادة ١/٦٩٨ ، ٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن علم هيئة التأمينات الاجتماعية بالتحاق عمال بالمنشأة ، يجرى مدة تقادم سقوط مستحقاتها قبل رب العمل . نقض ١٩٨٠/١/٢٠ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقم ٤٧ ص٢٢٧ .

(٢) وطبقاً لما ورد النص عليه « على وجه التخصيص » فى المادة ٣٨١ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٦/٣/١٠ المجموعة س١٧ ص٥٦٤ . ونقض ١٩٧٩/٤/١٢ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٢٦ . وجاء فى حكم للنقض أن : « الالتزام بالتعويض عن قرار إدارى مخالف للقانون بالمنع من البناء عن سنوات لاحقه لرفع دعوى التعويض ، يعتبر التزاماً احتمالياً ومن ثم فلا يسرى التقادم بالنسبة =

في شأنه – « إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط » م ٢/٣٨١ . وقد سبق أن أشرنا إلى أنه استثناء من قاعدة الأثر الرجعى للشرط ، لا تحتسب مدة التعليق فى حساب مدة التقادم المسقط ، فلا يبدأ هذا الأخير فى السريان إلا منذ تحقق الشرط .

٢- أنه إذا كان الدين مضافاً لأجل واقف : فإن التقادم لا يسرى فى شأنه إلا من وقت انقضاء الأجل ، سواء بحلوله ، أو بسقوطه أو بالتنازل عنه . (م ٢/٣٨١) [١] .

٣- أنه إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، وعين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل ، فإن التقادم يبدأ فى السريان من بداية هذا الميعاد [٢] .

٤- أنه ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع (وهو التزام البائع بتعويض المشترى عن لستحقاق المبيع للغير وهو فى يده) ، فإن تقادمه لا يبدأ فى السريان « إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق » م ٢/٣٨١ . أو من تاريخ صدور الحكم النهائى بثبوت الاستحقاق للغير [٣] .

= له إلا إذا انقلب إلى التزام محقق بوقوع الضرر الموجب له والمتجدد فى كل عام نتيجة للقرار الإدارى المذكور » . نقض ١٩٦٣/٤/١١ المجموعة س١٤ ص٥٢٠ .

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٩/٤/١٢ سابق الإشارة إليه .

(٢) وفى ذلك ، تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٨١ « فإذا كان تحديد الأجل موكولاً إلى القاضى (كما هى الحال فى الالتزام بالدفع عند الاقتدار) تعينّ التريث حتى يتم هذا التحديد وتنقضى المدة المحددة » . مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٧٧٤ .

(٣) وقد بررت ذلك محكمة النقض بأن هذا الضمان « التزام شرطى يتوقف على نجاح المتعرض فى دعواه ... » . نقض ١٩٦٦/٣/١٠ سابق الإشارة إليه . وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٢/٢/٢٩ المجموعة س٢٣ ص٢٦١ .

٥- أنه « إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن » كما هو الحال فى السندات الواجبة الدفع عند الإطلاع ، فإن التقادم يسرى « من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته » م ٣/٣٨١ . والأصل أن الدائن يتمكن من إعلان إرادته اقتضاء هذا الحق من يوم نشأته [١] . وعندئذ يسرى التقادم من ذلك الوقت مالم يثبت أنه لم يكن فى استطاعته أن يطالب بالدين إلا فى تاريخ لاحق ، فيسرى التقادم – عندئذ – من ذلك التاريخ .

٥١٢- وإلى جانب التطبيقات السابقة (لقاعدة عدم بدء سريان التقادم إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء) [٢] هناك تطبيقات أخرى لذات القاعدة ورد النص عليها فى مواضع متفرقة فى القانون المدنى ، وفى بعض القوانين الخاصة وقد سبقت الإشارة لبعض منها ، من ذلك :

– ما ذكرناه ، من أن مدة تقادم حقوق بعض ذوى المهن الحرة (الخمسية) المنصوص عليهم فى المادة ٣٧٦ ، ومدة تقادم حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم ، والعمال والخدم ، والأجراء (الحولية) ، المنصوص عليهم فى المادة ٣٧٨ ، يبدأ سريانها ، طبقاً للمادة ٣٧٩ من « الوقت الذى يتم فيه هؤلاء الدائنون تقدماتهم ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى » .

– ومن أن تقادم دعاوى الحقوق الناشئة عن عقد التأمين (الثلاثية)

---

(١) انظر – من تطبيقات القضاء – نقض ١٩٧٠/٦/١١ المجموعة س٢١ ص١٠٣٨ .

(٢) وهى تطبيقات ورد النص عليها « بخاصة » ، فى الفقرة الثانية من المادة ٣٨١ .

يبدأ سريانه طبقاً للمادة ١/٧٥٢ « من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى » [١] .

– ومن أن تقادم دعوى الضمان العشرى (الثلاثية) يبدأ سريانه – طبقاً للمادة ٦٥٤ « من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب » .

– ومن أن تقادم حق المموّل فى استرداد الضرائب التى دفعها بالزيادة على ما هو واجب عليه ، يبدأ سريانه – طبقاً للمادة ٩١ من قانون الضريبة على الدخل – « من تاريخ نشوء حق المموّل فى الاسترداد » [٢] . إلى غير ذلك من التطبيقات .

٥١٣– إنما لا يعمل بالقاعدة الأصلية السابقة ، وحسب ما استدركه نص المادة ١/٣٨١ نفسه « إلا فيما لم يرد فيه نص خاص » يحدد لمبدأ سريان المدة وقتاً آخر . كما فى : « ... الرسوم السنوية » و « الرسوم التى تستحق عن الأوراق القضائية » (مادة ١/٣٧٧) ، وفى دعوى الإبطال لنقص الأهلية أو لتعيب الإرادة بالغلط أو التدليس أو الإكراه (مادة ٢/١٤٠) ، وفى دعوى التعويض عن الفعل غير المشروع » (مادة ١٧٢) ، وفى للدعاوى الناشئة عن عقد العمل (مادة ٦٩٨) والدعاوى

---

(١) إلا فى الحالات المستثناة كما سيجىء .

(٢) ومع هذا التحديد ، الذى ورد به نص المادة ٩١ من قانون الضريبة على الدخل ، أصبح يمكن القول بأن المشرع هنا يطبق القاعدة العامة فى مبدأ سريان مدة التقادم . أما عندما كانت هذه المطالبة تخضع – فى مبدأ سريان تقادمها – لنص المادة ٢/٣٧٧ (مدنى) ، أى « من يوم دفعها » ، فإن ذلك لم يكن – فى تقديرنا (وعلى عكس ما يراه البعض : انظر جمال ذكى ص٢٦٢ نبد ٢٥٦) تطبيقاً لتلك القاعدة ، لأن الممول لا يعرف بأن له حقاً زائداً مدفوعاً يحق له استرداده ، من يوم ذلك الدفع ، وإنما من يقوم إخطاره النهائى بصافى المستحق عليه من الضريبة .

الناشئة عن عقد التأمين فى بعض الحالات الخاصة (مـادة ٢/٧٥٢) [١] . والدعاوى الناشئة عن عقد التزام المرافق العامة (مادة ٢/٦٧٢) ، ودعوى تكملة الثمن بسبب الغبن فى بيع عقار غير كامل الأهليـة (مـادة ٤٢٦) ، ودعوى عدم نفاذ التصرف (مادة ٢٤٣) ، وفى دين الضـريبة المسـتحق للدولة (مادة ٩١ من قانون الضريبة على الدخل) ، فقد وردت فى شأن هذه التطبيقات نصوص خاصة تحدد لمبدأ سريان التقادم ، فى كل منهـا ، وقتـاً خاصاً ، سبق أن بيناه ، كل فى موضعه . إلى غير ذلك من التطبيقات .

طريقة حساب المدة :

٥١٤- « تحسب مدة التقـادم بالأيـام لا بالسـاعات » (م ٣٨٠) . ومعنى ذلك أن كسور الأيام لا تدخل فى حساب مدة التقادم ، بمـا يسـتتبع بالضرورة ، ألا يحسب اليـوم الأول (م ٣٨٠) . وتكتمـل مـدة التقـادم « بانقضاء آخر يوم منها » م ٣٨٠ . ومعنى ذلك ، أن اليوم الأخير يـدخل فى الحساب ، ومن ثم يقع صحيحاً ما يتخذ فيه من إجراءات قانونية . وفيما بين اليوم التالى لليوم الأول ، وحتى اليوم الذى يكتمل فيه التقادم ، يدخل فى حساب المدة ما يعرض خلال هذه الفترة من أيام المواسم والأعياد . أما على العكس ، إذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة أو عيد أو موسم لا يتيسر اتخـاذ الإجراءات فى خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقـف سـريان التقادم ، إلى أول يوم عمل يلى العطلة أو العيد أو الموسم . فإذا انقضى هذا اليوم دون أن يطالب الدائن بحقه فيه ، اكتملت مدة التقادم ، وسقط الحق .

---

(١) وهى الدعاوى الناشئة للمؤمن : فى حالة « إخفاء المستأمن بيانـات متعلقـة بالخطر المؤمن منه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هـذا الخطـر » . والدعاوى الناشئة ، لذى الشأن (المستأمن أو المستفيد) « فى حالة وقوع الحادث المؤمن منه » .

المطلب الثالث

ما يعترض سريان التقادم (الوقف والانقطاع)

٥١٥- قد يعترض سريان التقادم بعض العوارض التي تؤثر في مدته . وهذه العوارض هي الوقف والانقطاع .

وتجدر الإشارة - قبل الخوض في تفاصيل هذه العوارض - إلى ما تجري عليه محكمة النقض في مصر ، من أن لمحكمة الموضوع - متى دفع أمامها بالتقادم - أن تبحث ، ولو من تلقاء نفسها ما يعترض مدة التقادم من وقف أو انقطاع ، متى تبينت سببه من أوراق الدعوى [١] .

أولا : وقف التقادم [٢]:

٥١٦- سبق أن أشرنا إلى أن مبنى نظام التقادم ، هو أن المشرع قد ترك للدائن فترة كافية من الزمن ، يمكنه خلاله أن يطالب بحقه . فإذا قعد عن هذه المطالبة مع إمكانها ، استحق سقوط هذا الحق . لذلك يكون من البديهي ألا يحاسب الدائن على مدة كان لا يستطيع خلالها أن يطالب بحقه .

(١) انظر نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ .

كذلك جاء في حكمها الصادر في ١٩٧٨/٣/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٥٢ ص ٧٧٣ أنه « جرى قضاء هذه المحكمة على أنه حسب محكمة الموضوع أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع ، إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضي التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع . ومن ثم فللمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى بقيام سببه » .

(٢) انظر ، في تنظيم القانون الفرنسي لوقف التقادم : ستارك بند ٢٤٩٩ - ٢٥٠٣ ، جوجلار (دروس مازو) بند ١١٨١ - ١١٨٤ ، مارتي وربنو بند ٨٧٣ .

ومن ثم فقد جعل المشرع مبدأ سريان التقادم من وقت صيرورة حق الدائن مستحق الأداء . والمكمل الطبيعي لذلك أن يكون من الضروري ألا تدخل في حساب مدة التقادم ، الفترة الزمنية التي لم يكن بإمكان الدائن خلالها أن يطالب بحقه ، وطيلة ما بقي السبب المانع من المطالبة . ويقال عندئذ بأن التقادم يقف عن السريان . فوقف التقادم إذن ، هو تعطيل سريانه، لأحد الأسباب التي تحول بين الدائن والمطالبة بحقه . ليبقى موقوفا ما بقي هذا السبب . فإذا زال [1] ، استأنف التقادم سريانه ، دون أن تدخل في حساب مدته ، الفترة التي توقف فيها . ومن ثم يؤدي الوقف إلى إطالة مدة التقادم بقدر مدة هذا الوقف .

٥١٧- وقد عرض المشرع لأسباب الوقف في المادة ٣٨٢ ويتضح منها أن هناك سببا عاما يوقف التقادم أيا كانت مدته؛ وأن هناك سببا خاصا يوقف التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات .

١- فالتقادم ، بوجه عام ، لا يسري « كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه [2] ، ولو كان المانع

---

(١) انظر نقض مصري ١٩٧٩/٢/١٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ .

(٢) وكان واضعو القانون المدني الفرنسي القديم قد رأوا عدم تحديد حالات للوقف على سبيل الحصر ، وفضلوا وضع قاعدة عامة بموجبها يقف التقادم كلما استحال على الدائن أن يطالب بحقه ، وأياً كان سبب هذه الاستحالة . أما واضعو المجموعة الحالية فقد رأوا – إزاء ما لوحظ في العمل من تزايد حالات التذرع بوجود هذا الاستحالة وعلى الأخص التذرع بعدم العلم بوجود الحق – تحديد حالات الوقف على سبيل الحصر . وهو ما ترجمته المادة ٢٢٥١ حين قضت بأن التقادم يسري ضد جميع الأشخاص ، اللهم إلا في الحالات الاستثنائية المحددة قانونا . إلا أن ذلك لم يمنع القضاء من التوسع في تطبيق حالات الوقف . وقد فسر الحالات المحددة صراحة في نصوص القانون بأنها حالات =

أدبيا » [1] ، [2] م ١/٣٨٢ . ولم ير المشرع إيراد هذه الموانع على سبيل الحصر ، بل عمَّ الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل » [3] .

ومن ثم فأى مانع يحول بين الدائن والمطالبة بالحق ، يوقف التقادم [4] . ويظل هذا الأخير موقوفا ما بقى المانع قائما . شريطة – بطبيعة الحال – ألا يكون هذا المانع ناشئاً عن تقصير الدائن نفسه [5] .

= خاصة مبنية على وضع شخصى يكون الدائن فيه فى حالات معينة ، لا تحرم القضاء سلطته فى أن يرى فى ظروف أخرى مختلفة ما يبرر وقف التقادم . انظر جوجلار (دروس مازو) بلد ١١٨١ ، ١١٨٣ .

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ ، والأحكام الأخرى المشار إليها فى الهوامش اللاحقة من هذا البند .

(٢) والدفع بهذا المانع لا يجوز – بداهة – إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر نقض ١٩٧٩/١٢/٢٩ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٣) رقم ٤١٧ ص ٤١٨ ، نقض ١٩٨١/٢/١٦ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٣٣ ، ٧٣٤ ، نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ مشار إليه فى نفس المرجع ص٧٣٢ ، نقض ١٩٧٢/٣/٢٥ المجموعة س٢٣ ص٥٢١ .

(٣) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٨٢ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة س٢٨ ص١٣٧٨ ؛ نقض ١٩٨٣/٥/١٧ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٣٦ ، ٧٣٧ .

(٤) وتقدير قيام هذا المانع هو – بداهة – من سلطة محكمة الموضوع . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٩/٢/١٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ ، نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ . وتطبيقا لذلك . قضت محكمة النقض بأن اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة الجنائية ، لا يصلح سببا لوقف تقادم دعواه بطلب الأجر والمكافأة ، أنظر : نقض ١٩٧٩/١١/٢٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٣) رقم ٣٤٩ ص ٦٢ ، وأنظر أيضا نقض ١٩٧٧/١٢/٣١ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ٢) رقم ٣٣١ ص ١٩٢٥ .

(٥) انظر نقض ١٩٧٢/١/١٩ المجموعة س٢٣ ص٦٧ : وانظر – من =

وتقدير قيام المانع الموقف للتقادم هو من سلطة محكمة الموضوع لا رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله [1]، ويستوي في هذا الشأن أن يكون هذا المانع مادياً أو أدبياً .

= التطبيقات القضائية ، لهذا التقصير ، نقض ١٩٤٢/١١/١٦ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٧٤٥ (في خصوص : تأخرَ دائن في تقديم طلبه الإعفاء من الرسوم القضائية للجنة المساعدة القضائية تأخراً ترتب عليه أن أدىَّ تأخر اللجنة في الفصل في هذا الطلب إلى فوات مدة التقادم بما لم يتسن له – تبعاً لذلك – أن يرفع الدعوى (الموضوعية) للمطالبة بحقه في الوقت المناسب) . وقد جاء في هذا الحكم أن : « صاحب الحق وهو المطالب بالمحافظة عليه كان عليه أن يبادر بتقديم طلبه حتى لا يفوت عليه الوقت » . وانظر أيضاً : نقض ١٩٨١/٢/١٦ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٧٣٣ ، ٧٣٤ وقد جاء فيه : « لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع في حدود سلطتها في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها ، قد خلصت إلى عدم توافر هذا المانع لدى الطاعنة ، وأقامت قضاءها على أن المطعون عليها تقدمت إلى الطاعنة بطلب خفض الأجرة وأن الطاعنة أطالت النظر في قبول هذا الطلب إلى أن قبلته فعلاً وخفضت الأجرة عما كان مقدراً لها من قبل ، وأنه كان في مكنة الطاعنة المطالبة بالأجرة المقدرة أساساً ثم تسوى الحساب وفقاً لما ينتهي إليه الرأي في شأن تخفيضها ، غير أن الطاعنة أمسكت عن ذلك طواعية حتى استقر رأيها على تخفيض الأجرة ، فلا يقبل منها القول بقيام مانع يمنعها من المطالبة ، لأن ذلك كان بتقصير منها ..... فإن ما تثيره الطاعنة في هذا الشأن يكون .... ويكون هذا النعي على غير أساس » .

(١) نقض ١٩٨١/٢/١٦ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص٧٣٤ .

وانظر في تقدير رأته محكمة النقض غير سائغ ، نقض ١٩٦٦/١٢/٨ المجموعة س١٧ ص١٨٦٥ ، وقد جاء فيه : « متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن رفض اعتبار علاقة الزوجية التي كانت قائمة بين الطاعن الدائن والمطعون عليها المدين ، مانعاً أدبياً لمجرد تحرير سند بالدين بمقولة أن تحريره يخالف المألوف بين الزوجين وكان تحرير سند بالحق المطالب به ليس من شأنه أن يؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم إذ أنه لا يخالف المألوف بين الزوجين ولا يدل بحال على وقوع أي تصدُّع في =

وبديهى أن هذه السلطة التقديرية تكون فى النوع الثانى من الموانع أرحب منها فى النوع الأول لتعلق الأمر بمسألة شديدة النسبية أو الخصوصية .

إنما « إذا أورد قاضى الموضوع أسباباً لإثبات قيام » « المانع أو نفيه ، فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض » [1] .

ومن قبيل الموانع المادية الموقفة للتقادم ، على سبيل المثال قيام حرب أهلية أدت إلى توقف المحاكم عن العمل . ومنه أيضاً ، أخذاً من أحكام القضاء :

- « القبض على الدائن وحبسه بغير حق » [2] .

- « وضياع الصورة التنفيذية الأولى لأمر الأداء الصادر لصالح »

= علاقة الزوجية التى تربطهما ، كما أن هذا التسبيب ينطوى على مخالفة للقانون لما يترتب على الأخذ به من تخصيص للمانع الأدبى الذى يقف به سريان التقادم بالحالة التى لا يكون فيها الحق المطالب به ثابتاً بالكتابة وهو تخصيص لا أصل له فى القانون ولم يرده الشارع ، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصور وبمخالفة القانون » .

وفى نفس المعنى : نقض ١٩٧٩/٣/٢٢ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٣٣ .

ولا يعتبر التسبيب كافياً إذا كان الحكم قد اقتصر على « مجرد الإشارة لظروف الدعوى باعتبارها المصدر الذى استخلص منه عدم قيام المانع ، دون تعيين الدليل الذى كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها حتى يمكن الوقوف على أن ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه والتحقق من أنه من الأدلة التى يصح قانوناً بناء الحكم عليها » . وإذْ لم يلتزم الحكم ذلك فإنه « يكون قد عابه قصور يبطله » . نقض ١٩٨٤/١/٢٦ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٣٧ .

(١) نقض ١٩٦٦/١٢/٨ سابق الإشارة إليه ؛ ونقض ١٩٧٩/٣/٢٨ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٣٢ ؛ ونقض١٩٨٤/١/٢٦ مشار إليه فى نفس المرجع ص٧٣٧ .

(٢) نقض ١٩٧٩/٢/١٥ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٣٢ .

الدائن ، « وانتظاره صدور الحكم بتسليمه صورة تنفيذية ثانية » [1] .

- و « منازعة المدين فى أحقية الدائن فيما يطلبه بطلبه الأصلى من تطبيق كادر معين عليه ، تعتبر (أى هذه المنازعة) مانعاً مادياً من شأنه أن يوقف التقادم بالنسبة للالتزامات المترتبة على هذا الطلب الأصلى (كالفروق المالية المستحقة عند ثبوت الأحقية فى تطبيق هذا الكادر على الدائن) ، ويظل التقادم ، فى شأن هذه الفروق ، موقوفاً ما بقيت تلك المنازعة قائمة إلى أن يفصل فيها بحكم نهائى بأحقية الدائن فيما طلبه بطلبه الأصلى [2] .

- ورفع الدعوى الجنائية عن الفعل المرفوعة به دعوى مدنية بالتعويض . فهو يوقف سريان التقادم بالنسبة لدعوى التعويض « طوال المدة التى تدوم فيها المحاكمة الجنائية ، ولا يعود التقادم إلى السريان إلا منذ صدور الحكم الجنائى النهائى أو انتهاء المحاكمة بسبب آخر » [3] .

- وقد قضت محكمة النقض بان المعتقلين والمراقبين ، الموضوعة أموالهم تحت الحراسة ، تقف مواعيد سقوط الحق ومواعيد الإجراءات بالنسبة لهم [4] .

ومن الموانع الموقفة للتقادم ، الذى أشارت إليه الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٨٢ ، « اتحاد الذمة » ، فقد رأت فيه مانعاً طبيعياً من موانع سريان التقادم » فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالاً مستنداً إلى الوقت الذى اتحدت فيه الذمة وعاد الدين إلى

---

(١) نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ مشار إليه فى المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٢) نقض ١٩٨٢/١/١٦ سابق الإشارة إليه .

(٣) نقض ١٩٧٥/١/٢٣ المجموعة س٢٦ ص٢٣٣ .

(٤) انظر حكم ١٩٧٦/١/٢٤ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٦٥ ص ٢٨٨ ، وفى نفس المعنى حكم ١٩٧٦/١١/٢٩ المجموعة ٢٧ (عدد ٢) رقم ٣١٣ ص ١٦٩٨ .

الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طول الفترة التى تحقق الاتحاد خلالها » [1] .

إلى غير ذلك من الأمثلة .

ويكفى فى المانع الموقف للتقادم أن يكون مانعاً أدبياً [2] ، طالما أن ما بين الدائن ومدينه من علاقة ، لا يسمح له أدبيا بمطالبته ، وهو كما سبق أن قلنا ، أمر يستقل بتقديره قاضى الموضوع وفق ظروف كل حالة على حدة . ومن أمثلة هذه الموانع الأدبية ، علاقة الزوجية [3] ، وعلاقة الابن بأبيه [4] ، والعامل برب العمل فى رأى البعض من الشراح [5] ، وعلى عكس ما تراه

(١) مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص٧٢٧ .

(٢) وقد اعتبرت بعض الأحكام فى فرنسا ، من قبيل الموانع الأدبية الموقفة للتقادم ، وجود محادثات ودية بين المدين والدائن فى شأن استيفاء الدين ، أنظر نقض (عرائض) ١٩٣٨/١١/٢٩ (د . ١ ١٩٣٩ – ٩٩) ، وكذلك جهل الدائن بوجود حق له فى مواجهة المدين طالما كان هذا الجهل مغتفرا من جانبه : أنظر نقض (عرائض) ١٩٤١/١/٢٧ (س . ١٩٤١ – ١ – ٧) .

(٣) والقانون الفرنسى يجعل – فى المادة ٢٢٥٣ مدنى – صراحة ، من قيام علاقة الزوجية سببا لوقف التقادم . ويبرر الفقه هذه القاعدة على أساس من أنه لولاها لتعين على أى من الزوجين يريد الحفاظ على حقه تجاه الآخر من السقوط بالتقادم ، أن يقاضيه بهذا الحق أو يوقع حجزا على أمواله ، وهو ما لا ينسجم وطبيعة العلاقة الزوجية، وما يعكر من صفو هذه العلاقة . أنظر ستارك بند ٢٥٠١ ، جوجلار (دروس مازو) بند ١١٨٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن « صلة القرابة مهما كانت درجتها ، لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا ، بل يرجع فى ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة : تستخلص منها محكمة الموضوع – بما لها من سلطة التقدير – قيام أو انتفاء المانع الأدبى، دون معقب عليها فى ذلك ، متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغة » .

نقض ١٩٧٨/٤/١٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٠ ص ١٠١٥ .

(٥) من هذا الرأى د . إسماعيل غانم بند ٢٨٤ ، الإسكندرية الابتدائية ١٩٥١/١/٢١ مشار إليه فى هامش ٢ ص ٤٤٤ من نفس المؤلف .

محكمة النقض تأسيساً على أن المشرع « كفل للعامل الضمان الكافى لحفظ حقوقه واستقراره فى عمله فلم يعد له ما يخشاه من صاحب العمل إن طالبه بهذه الحقوق » [1] وهو تبرير مقبول .

وقد اعتبر المشرع من هذه الموانع الأدبية ، بنص صريح علاقة الأصيل بنائبه ، حين قضى فى المادة ١/٣٨٢ بأنه « كذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » .

وفى القضاء : أيدت محكمة النقض ما رأته محاكم الموضوع ، من اعتبار خوف الدائنين « مما كان يتبع » مع الناس المعتبرين مناهضين للنظام ، « قبل ثورة التصحيح فى ١٩٧١/٥/١٥ » من « أساليب القهر » والإذلال ، مانعاً من المطالبة بالحق يوقف سريان التقادم [2] . وجاء فى حكمها الصادر فى ١٩٨٣/٥/١٧ أن : « المانع من المطالبة الذى يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن قد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها عليه المطالبة بحقه ... لما كان ذلك وكان

(١) نقض ١٩٨١/١١/٨ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٤٢ ، ٧٤٣ ، وفى نفس المعنى : نقض ١٩٨٠/١٢/٢٨ المجموعة س٣١ (عدد ٢) رقم ٣٩٨ ص٢١٤١ ؛ وضمناً : نقض ١٩٧٢/٤/٨ المجموعة س٢٣ ص٦٦٣ .

(٢) انظر نقض : ١٩٨١/١١/١٩ فى الطعن رقم ١٤٧٥ لسنة ٤٨ ق مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٣٤ ، وقد جاء فيه : « . . وكان الحكم المطعون فيه قد أسس ما انتهى إليه من وقف التقادم فى الفترة من تاريخ الإفراج عن المطعون ضده حتى ثورة التصحيح فى ١٩٧١/٥/١٥ على أنه ما كان بوسع المطعون ضده إقامة مثل هذه الدعوى قبل ١٩٧١/٥/١٥ وذلك خوفاً مما كان يتبع من أساليب القهر والإذلال الأمر الذى يقف معه التقادم حتى هذا التاريخ ، وكان هذا الذى قرره الحكم يقوم على الظروف العامة المعروفة للجميع عما كانت تجتازه البلاد والشعب فى الفترة السابقة على ثورة التصحيح فى ١٩٧١/٥/١٥ وهى أسباب سائغة تؤدى إلى ما رتبه الحكم عليها » .

الحكم ... قد أورد أنه « كان ينظر إلى إجراءات فرض الحراسة وتأميم أموال الخاضعين لها على أنها من الأمور التى تتعلق بكيان الدولة ومصلحتها العليا والتحول الاقتصادى فيها ، وكان يوصف المعارض أو المطالب بتصحيح ما قد يوجد بها من أخطاء على أنه مناهض لمصلحة الدولة وسياستها العليا ويكون معرضاً للمزيد من الإجراءات الاستثنائية ، فإن ذلك ولا شك قد أوقع فى نفس المدعى الرهبة والخوف من اتخاذ أى إجراء للمطالبة بحقه ورفع التعسف عنه واسترداد الحصة المملوكة له فى عقار النزاع ... وهذا يعد مانعاً أدبياً ، إذ يتعذر معه على المدعى المطالبة بتلك الحصة المغتصبة .. » [1] .

٢- ولا يسرى – بصفة خاصة – « التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات ، فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية ، أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » [2] (م ٢/٣٨٢) .

ويلاحظ هنا ؛ أن المشرع قد قصر هذا السبب من أسباب الوقف ، على التقادم العادى (١٥ سنة) . كما أنه اشترط صراحة لهذا الوقف ألا يكون لأى من ناقص الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، نائب يمثله قانونا » . ويفهم من هذا القيد الأخير ، أن العلة فى هذا السبب من أسباب الوقف ، أن من ورد ذكرهم فى هذا النص لا يملكون من الوسائل

(١) مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٣٧ .

(٢) فإذا كان للقاصر نائب يمثله ، فإن التقادم يسرى : « اعتباراً بأن النائب يحل محل الأصيل فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه » . نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ المجموعة س١٨ ص١٥٢٧ ؛ وانظر أيضاً نقض ١٩٧٧/١/٤ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٤٠ ص ١٤٧

المادية ما يمكنهم من المطالبة بحقوقهم ، فضلا عن أن بعضهم ينقصه حسن الإدراك ، بل ولا يمكنه قانونا أن يطالب بحقه ، مما يجعل من الضرورى وقف سريان التقادم فى حقهم .

غير أن هذه العلة كانت تقتضى فى الواقع تعميم هذا السبب من أسباب الوقف وعدم قصره على ما تزيد مدته على خمس سنوات . غير أنه يبدو أن المشرع قد وجد أن الاعتبارات التى دعته إلى تقصير مدة تقادم بعض الحقوق (فى حالات التقادم الخمسى ، والثلاثى ، والحولى) ، هى أولى بالتفضيل من مصلحة الدائن القاصر أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جناية .

٥١٨– هذا ويترتب على وقف التقادم ، كما سبق أن ذكرنا وأياً كان سببه ، ألا تدخل مدته فى حساب مدة التقادم ، فتمتد هذه الأخيرة بمقدار مدة الوقف .

ثانيا : انقطاع التقادم :

٥١٩– قد يتخذ الدائن من الإجراءات ، خلال سريان مدة التقادم ، ما ينفى عنه إهماله فى اقتضاء حقوقه . وقد يقر المدين بحق الدائن فيغنى الدائن عن المطالبة بالحق . فإذا حدث أى من هذين السببين ، زال كل أثر لما مضى من مدة التقادم . ويقال عندئذ بأن التقادم قد انقطع . فانقطاع التقادم إذن ، هو زوال لما مضى منه من مدة قبل حدوث سبب الانقطاع ، بحيث إذا عاد التقادم إلى السريان ، بدأت مدة جديدة كاملة .

ويبين مما تقدم أن من أسباب انقطاع التقادم ، ما يرجع إلى الدائن . ومنها ما يرجع إلى المدين ، وذلك على التفصيل التالى :

(أ) ما يرجع إلى الدائن :

٥٢٠- ينقطع التقادم ، نتيجة لما يتخذه الدائن من الإجراءات التالية :

١- المطالبة القضائية (وما فى حكمها) :

٥٢١- ويقصد بها – فى الأساس : إقامة الدعوى [١] أمام القضاء ، بالحق الذي للدائن في ذمة مدينه .

إنما ، ليس ينحصر المقصود بالمطالبة القضائية هنا في معناها هذا الضيّق ، فالمشرع ، في المادة ٣٨٣ مدني " لم يقصد بالمطالبة القضائية معناها الحرفي المتعارف عليه ، وإنما قصد كل إجراء قانوني يتضمن إظهار نية الدائن في تمسكه بحقه ضد من يسري التقادم في مصلحته " ، فيما يعني أن المطالبة القضائية ليست مقصورة هنا علي التكليف بالحضور أمام محكمة تتألف من قضاة بالمعني الذي قصده قانون استقلال القضاء ، بل يجب أن تمتد إلي المطالبة التي يتضمنها كل تكليف بالحضور أمام أية هيئة عهد إليها المشرع بنظر خلاف معين ومن اختصاصها إصدار قرار أو حكم ملزم يمكن التنفيذ بمقتضاه ، تمشياً مع ما تطورت إليه النظم الاجتماعية والاقتصادية

(١) سواء في صورة دعوى أصلية أو في صورة طلب عارض ، أنظر نقض ١٩٨١/١١/٢٩ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٣٤ . مع مراعاة أيضا أن « المطالبة القضائية تشمل الدعوى والدفع علي حد سواء "، أنظر الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٨٣ مدني ، مشار إليها في المرجع السابق ص ٧٣٨ . كما يقطع التقادم أيضا : « تقديم عريضة أمر أداء » ، أنظر نقض ١٩٨١/١٢/٢٨ مشار إليه في المرجع السابق ص ٧٤٣ .

واستحدثت من القوانين الحالية " [1] : كهيئات التحكيم ، ولجان طعن الضرائب [2] ، وبوجه عام كل " جهة إدارية إذا كان القانون قد خصها بالفصل في النزاع " [3] .

وبناءً علي هذا المفهوم الواسع ، قُضي بأنه " يعتبر في حكم المطالبة القضائية ، تقديم طلب تقدير الأتعاب إلي مجلس نقابة المحامين من المحامي أو الموكّل عند الخلاف بينهما علي قيمتها في حالة عدم وجود اتفاق كتابي عليها ، ومن ثمّ يترتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم " [4] . وبالمقابلة ، قضي بأن صفة المطالبة القضائية منتفية في " مكتب العمل " المنصوص عليه في قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ حيث هو " جهة إدارية ليست مختصة بالفصل في النزاع أو الحق المطالب به بل تقتصر مهمته علي محاولة تسوية هذا النزاع " ومن ثم فإن " الشكوى المقدمة من العامل إلي ذلك المكتب لا تعتبر مطالبة قضائية بالمعني الذي أفصح عنه المشرع " [5] . وأنه " لا يكفي لقطع التقادم التظلم المرفوع إلي سلطة

(١) انظر حكم لجنة طعن الضرائب بالقاهرة ١٩٥٢/٤/١ المحاماة ٣٣ـ٤٩٧ ـ ٩٣٩ ومشار إليه أيضا في السنهوري ج٣ مجلد٢ انقضاء الالتزام الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص ١٣٠٣ هامش ١

(٢) انظر حكم لجنة طعن الضرائب المشار إليه في الهامش السابق ، وفيه استطردت اللجنة قائلة : " أنه وبناءً علي ذلك تكون إحالة الموضوع إلي لجنة الطعن بناءً علي طلب الطاعن قاطعاً للتقادم ، لأن هذه الإحالة تتضمن ، لا محالة ، تمسكا من جانب المصلحة بحقها ، ومعلوم أن التمسك بالحق قاطع للتقادم " .

(٣) أنظر في هذا المعني : نقض ١٩٨١/١١/٨ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٧٤٢ ، ٧٤٣ .

(٤) نقض ١٩٦١/٦/٨ المجموعة ١٢ـ٨١ـ٥٣٢ ، نقض ١٩٦٦/١/٤ المجموعة ١٧ـ٣ـ٣٧ ، وفي نفس الاتجاه السنهوري (الانقضاء) ص ١٣٠٧

(٥) نقض ١٩٨١/١١/٨ سابق الإشارة إليه .

إدارية ، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية " [1] . ولا ــ في التحكيم ــ مجرد " تحرير مشارطته والتوقيع عليها ، لأن المشارطة ليست إلا اتفاقا علي عرض نزاع معين علي محكمين والنزول علي حكمهم ولا تتضمن مطالبة بالحق أو تكليفا للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم . ولكن إذا تضمنت المشارطة إقرارا من المدين بحق الدائن ، كما لو اعترف بوجود الدين وانحصر النزاع المعروض علي التحكيم في مقدار الدين فإن هذه المشارطة ــ لهذا السبب ــ تقطع التقادم " [2] .

كذلك ليس يلزم في المطالبة القضائية القاطعة للتقادم أن تكون بكل الحق الذي للدائن في ذمة مدينه ، وإنما يكفي أن تكون بجزء من هذا الحق بالحق الذي للدائن في ذمة مدينه ، بجزء من هذا الحق ، حين ينقطع التقادم في هذه الحالة "بالنسبة لباقي الحق طالما أن المطالبة الجزئية دالّة علي التمسك بالحق بأجمعه " [3] . أو التدخُّل في خصومة قائمة (كتدخّل المدعي المدني في الدعوى الجنائية) [4] ومطالبة الدائن فيها بحقه في مواجهة المدين .

ويظلّ التقادم منقطعاً " طوال المدة التي تستغرقها الدعوي المقامة ثم يعود إلي السريان من جديد من يوم صدور الحكم النهائي " فيها [5] .

---

(١) استئناف مختلط ١٩٠٠/١٢/٢٠ مشار إليه في السنهوري ، السابق ، ص ١٣٠٣ هامش ١ .

(٢) نقض ١٩٦٩/١/٢٠ المجموعة ٢٠ــ٣٤ــ٢١٠ ومشار إليه أيضا في السنهوري ، السابق ، ص ١٣٠٣ هامش ٢ .

(٣) نقض ١٩٧٨/٢/١٨ المجموعة ٢٩-١٠١-٥١٥ .

(٤) نقض ١٩٨١/١١/٨ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٤٢ ، ٧٤٣ .

(٥) نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ نفس المرجع عبد التواب ص ٧٤٥ .

وفى هذا الصدد ، جاء فى حكم لمحكمة النقض ، أن : « المقـرر أن الانقطاع بهذا السبب (أى بالمطالبة القضائية) يمتد طـول الوقـت الـذى يستغرقه سير الدعوى بمعنى أن حق المدعى يبقى قائماً بمأمن من كل سبب للسقوط يكون أساسه مضى الزمن ، متى كان لم يمض بين أى إجراء مـن إجراءاتها والذى يليه ، ولا على آخر إجراء حاصل فيها ، المـدة اللازمـة للتقادم المسقط ، لأن كل إجراء من إجراءات الدعوى إنما هو جـزء منهـا مُتّصل بها [1] .

٥٢٢- ويلزم في المطالبـة القضـائية القاطعـة للتقـادم ــ وعلـي ما يجري به قضاء محكمة النقض - « أن يتـوافر فيهـا معنـي الطلـب الجازم الصريح بالحق الذي يُراد اقتضـاؤه » [2] . ورتبـت علـي ذلـك أن : « صحيفة الدعوي المرفوعة بحقٍ ما » لا تعتبـر « قاطعـة للتقـادم إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه ممـا يجـب بوجوبـه أو يسقط بسقوطه » ، أمـا إذا « تغـاير الحقـان أو تغـاير مصـدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعـا لمـدة التقـادم بالنسـبة للحـق الآخر » [3] . وتفريعاً علي ذلك قضت بأن :

- صحيفة الدعوي السابقة ــ التي كان العامل ، فيها ، يطلب إلغـاء

(١) نقض ١٩٤٥/٣/١ مشار إليه فى معـوض عبـدالتواب ص٧٥٤ . وانظـر أيضاً : نقض ١٩٤٤/١١/٢٣ مشار إليه فى نفس المرجع ص ٦٩٩ .

(٢) انظر مثلاً : نقض ١٩٧٦/١٢/١٤ المجموعـة س ٢٧ ص ١٧٤١ ، نقـض ١٩٣١/١٢/٢٤ ، نقض ١٩٧٨/٤/٢٢ ، نقـض ١٩٧٨/٢/٢ ، نقـض ١٩٧٩/٤/٣٠ ، نقض ١٩٨٣/٥/١٩ ، مشار إليها في معوض عبد التواب ، الصفحات : ٧٣٨ ، ٧٤١ ، ٧٤٢ ، ٧٤٢ ، ٧٤٥ علي الترتيب

(٣) الأحكام المشار إليها في الهامش السابق .

قرار فصله " لا تحمل معني الطلب الجازم بعناصر الأجر والعمولة والمنحة السنوية التي يطالب بها في دعواه الحالية " ، وأن هـذه الحقـوق الأخيـرة (عناصر الأجر والعمولة والمنحة) " لا تعتبر من توابع طلب إلغاء قـرار الفصل الذي كان مطلوبا في الدعوي السابقة " ، ورتبت علي ذلك أن تلـك الدعوي (أي دعوي إلغاء قرار الفصل) " لا يكون من شأنها قطع سـريان التقادم بالنسبة إلي هذه الحقـوق ، إذ أنهـا لا تجـب بوجوبـه ولا تسـقط بسقوطه " (١) .

- وأن : « التعويض الموروث المُطالَب به (من قِبَل الورثـة) فـي الدعوي الحالية يعتبر طلبا مستقلاً عن التعويض عن الأضرار التي لحقـت (بهم) شخصيا المطالَب به في الدعوي (السابقة) » ، ومن ثـم رأت أن صحيفة تلك الدعوي (السابقة) " لا تكون تحمل معنـي الطلـب الجـازم بالتعويض الموروث المطالب به في الـدعوي الحاليـة ، إذ أن موضـوع الدعوي الأولي . . . . يغاير الحق موضوع الدعوى الحالية ويختلف عنـه في المصدر » (٢) ، ورتبت علي ذلك أن الدعوي الأولي « لا يكـون مـن

---

(١) نقض ١٩٧٨/٤/٢٢ المجموعة ٢٩ــ ٢١٠ــ ١٠٦٨ ، وانظر أيضا : نقض ١٩٧٦/٥/٢٦ المجموعة ٢٧ــ٢٢٦ــ١١٨٨ .

(٢) وهو ما أوضحته المحكمة في هذا الحكم بقولهـا أنـه : " إذا تسـببت وفـاة المضرور عن فعل ضار من الغير فإن هذا الفعل لابد وأن يسبق المـوت ولـو بلحظـة ويكون المضرور في هذه اللحظة أهلا لكسب حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقـه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم . ومتي ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ، فمصدر حق ورثة المجني عليه في المطالبة بهذا التعويض هو الميراث في حين أن مطالبتهم بالتعويض عن الضرر الشخصي الذي حاق بهم من وفـاة المجنـي عليه فإن حقهم في المطالبة به يثبت لهم شخصيا ومصدره العمل غير المشروع " . أنظر الهامش اللاحق .

شأنها قطع سريان التقادم بالنسبة لطلب التعويض الموروث » [1] .

– وأن : دعـوي براءة الذمة من الدين لا تقطع تقـادم الحـق فـي استرداد ما تم تحصيله [2] . إلي غير ذلك من التطبيقات [3] .

٥٢٣– وحيث يلزم في المطالبة القضائية القاطعة للتقادم أن يتـوافر فيها معني الطلب الصريح الجازم بالحق ، علي ما ذكرناه ، فقد رتبت علـي ذلك محكمة النقض ، أنه لا يقطع التقادم :

– الشكوي المقدمة من العامل إلي مكتب العمل [4] .

– الطلب المقدم للجنة المساعدة القضائية للإعفاء من الرسـوم " [5] ، « ولو انتهي الأمر فيه إلي قبول الطلب » [6] .

– طلب الدائن « ... بتسليمه صورة تنفيذية ثانيـة مـن أمـر الأداء السابق صدوره لصالحه علي المدين » [7] .

---

(١) نقض ١٩٨٣/٥/١٩ سابق الإشارة إليه .

(٢) نقض ١٩٧٧/٣/٢٨ المجموعة ٢٨– (عدد١) رقم ١٤٤ ص ٨١٢ .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/١٢/١٤ المجموعـة ٢٧-٣٢٠-١٧٤١ (عـدد٢) ، نقض ١٩٧٧/١٢/٣١ المجموعة ٢٨-٣٣١-١٩٢٥ (عدد٢) .

(٤) نقض ١٩٨١/١١/٨ سابق الإشارة إليه .

(٥) " إذ هو ليس فيه معني التكليف بالحضور أمام المحكمة المرفوعـة أمامهـا الدعوي وإنما مجرد التماس بالإعفاء من الرسوم يقتضي اسـتدعاء الخصـم بـالطريق الإداري للحضور أمام اللجنة لسماع أقواله في طلب الإعفاء " . نقـض ١٩٤٢/١١/١٦ مشار إليه في معوض عبد التـواب ص ٧٤٥ ، وانظـر أيضـا نقـض ١٩٦٦/٦/١٥ المجموعة س ١٧ ص ٩٦٧ .

(٦) نقض ١٩٧٧/٥/٢ المجموعة س ٤٤ ص ١١٠٤ .

(٧) لأن هذه المطالبة " وإن كانت تمهد للتنفيذ به إلا أنهـا لا تعتبـر مطالبـة =

– طلب الحكم بـ « الأحقية للأشياء المحجوز عليها واستردادها » لا « يحتمل معني الطلب الجازم بالتعويض » [1].

– مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع الأختام ، وكوضعها بالفعل ، وكقيد الرهن ، وكتجديد القيد " [2].

– مجرد « الإنذار ، ولو تولي إعلانه أحد المحضرين » [3] . إلي غير ذلك من التطبيقات .

ولمّا كان الذي " يطلبه الدائن من المدين أمام قاضي الأمور المستعجلة إنما هي مجرد إجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، فإن المطالبة بهذه الإجراءات الوقتية لا تمس أيضا تقادم الحق نفسه " [4]. وعلي ذلك فإن دعوي إثبات الحالة ـــ مثلاً ـــ لا تقطع التقادم بالنسبة إلي موضوع الحق " [5]، كما لا تقطعه أيضا ، ولنفس السبب ، " دعوي الحراسة القضائية "[6] حيث " هي مجرد إجراء تحفظي لا يمس موضوع الحق.. "[7]. إنما إذا " تضمنت المطالبة القضائية أمام هذا النوع من القضاء (القضاء

= صريحة بالحق المثبت في أمر الأداء والمهدد بالسقوط ولا تنصب علي أصل الحق ، إذ هي تعالج صعوبة تقوم في سبيل الطاعن الذي فقد الصورة التنفيذية الأولي من أمر الأداء المشار إليه . فالحق في استلام صورة تنفيذية ثانية يغاير الحق الصادر به الأمر ، ومن ثم فلا أثر لهذه المطالبة لانقطاع مدة التقادم " ، نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٤٢

(١) نقض ١٩٧٦/٥/٢٦ المجموعة س ٢٧ ص ١٠٨٨ .

(٢) السنهوري ، السابق ص ١٣٠٠.

(٣) نقض ١٩٣٢/٤/٢٨ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٧٣٨ .

(٤)،(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص ٣٣٣ .

(٦)،(٧) نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ المجموعة ١٧ـــ٢٤٢ـــ١٧٠٥ ، نقض ١٩٧٩/٦/٤ المجموعة ٣٠ـــ٢٨٦ـــ٥٣٩ .

المستعجل) ، عن خطأ ، طلبات في موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية في هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق مرفوعة أمام محكمة غير مختصة " ومن ثم " تقطع التقادم " [1] ، لأن المشرع ـ كما سيجيء ، جعل المطالبة القضائية ، بموضوع الحق ، تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة .

٥٢٤- وغني عن البيان أن المطالبة القضائية القاطعة للتقادم مشروطة بأن تكون مطالبة قضائية صحيحة ، أي أن تكون رفعت بصحيفة دعوي صحيحة ، وإلا فإن كانت هذه الصحيفة باطلة لعيب في الشكل فإنها تزول ويزول معها كل أثر للمطالبة القضائية بما في ذلك قطع التقادم .

كذلك فإنه إزاء كون المطالبة القضائية تزول بترك المدعي (الدائن) للخصومة ، أو نتيجة الحكم بسقوطها ، فإنه يزول بزوالها ، لهذا السبب أو ذاك ، أثرها القاطع للتقادم . ونفس الأمر لو صدر الحكم برفض الدعوي أو بعدم قبولها [2] ، إذ يعتبر التقادم عندئذ كما لو كان استمر ساريا طيلة المدة التي استغرقها نظر هذه الدعوي .

إنما ، وبالمقابلة ، تقطع المطالبة القضائية مدة التقادم ، طبقا لصريح المادة ٣٨٣ " ولو رفعت الدعوي إلي محكمة غير مختصة " [3] يستوى فى هذا الشأن أن يكون عدم اختصاصها محلياً أو نوعياً ويظل التقادم منقطعا ـ كما قلنا ـ طوال المدة التي تستغرقها الدعوي المقامة ثم يعود إلي السريان

(١) في هذا المعنى السنهوري ، السابق ، هامش ٣ من ص ١٣٠٠

(٢) انظر نقض ١٩٨١/١١/٨ سابق الإشارة إليه ، وفيه قضت بأن : " عدم قبول تدخل المدعي المدني في الدعوي الجنائية يؤدي إلي زوال أثر هذا الادعاء في قطع التقادم واعتبار التقادم المبني عليه كأن لم يكن " .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٨٠/١/١ المجموعة ٣١-١٦-٦٦ .

من حديد من يوم صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص . وقد راعي المشرع – علي ما يبدو – في هذا الاستثناء ، دقة قواعد الاختصاص واحتمال الخطأ فيها في الكثير من الأحيان . ولذلك بدا للسنهوري أن رفع الدعوي حتي إلي محكمة لا ولاية لها يقطع التقادم ، اعتبارا بأن مسائل الولاية " أشد تعقيدا في بعض الأحوال من مسائل الاختصاص ، ونية الدائن في المطالبة بالدين محققة " (١) .

" ولكن إذا كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الوضوح بحيث لا يكون هناك أي محل للبس ، فالظاهر – لدي جانب من الفقه والقضاء – أن التقادم لا ينقطع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رفع الدعوى ابتداءً إلي محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم " (٢) .

" وينتقد الفقه الفرنسي التعارض ما بين الحكم القاضي بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضي بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلاً لا تقطعه ، مع أن البطلان في الحالة الأولي يرجع إلي الدائن وفي الحالة الأخرى قد يرجع إلي المحضر (٣) . فيما دافع بعض من هذا الفقه عن هذه التفرقة ، اعتباراً بأن " المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لا تمنع إطلاقا من ظهور نية الدائن المحققة في تقاضيه لحقه ، أما المطالبة القضائية الباطلة شكلاً فكثيرا ما يرجع بطلانها إلي غموض هذه النية أو إلي عدم جديتها ، فوجب الرجوع في شأنها إلى الأصل وهو

---

(١) السنهوري ، السابق ، ص ١٣٠٩ هامش ١ ، وقرب نقض ١٩٣٩/٤/٦ مشار إليه في نفس الموضع

(٢) انظر حكمها في ١٩٢٩/١١/١٩ مشار إليه في ، ويبدو مؤيداً من ، السنهوري ، السابق ، ص ١٣٠٩ هامش ١ .

(٣) أشار لهذا الاتجاه ، السنهوري ، السابق ص ١٣١٠ هامش ٢ .

انعدامها وعدم جواز ترتيب أي أثر عليها " [1] .

٥٢٥- هذا ولما كان الأصل في الإجراء القاطع للتقادم – وعلي ما جري به قضاء النقض – أنه الذي يكون " .... متخذا بين نفس الخصوم ، بحيث إذا ... اختلف هؤلاء لا يترتب عليه هذا الأثر " فإن " دعوي النقابة لا تقطع التقادم في دعوي الأعضاء " اعتبارا بأن : " دعوي النقابة هي دعوي مستقلة ومتميزة عن دعوي الأعضاء وتختلف عنها في موضوعها وسببها وفي آثارها وفي الأشخاص ، إذ هي تتصل بحق الجماعة ويتأثر بها مركزها باعتبارها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية أعضائها لا باعتبارها نائبة أو وكيلة عنهم . والدعوي من النقابة بحقها المتميز لا تمنع أحد أعضائها من رفع الدعوي بحقه هو الآخر ولا تتعارض معها " [2].

٥٢٦ – والفرض فيما تقدم حتي الآن ، أن المطالبة القضائية كانت متمثلة في دعوي مرفوعة من الدائن علي مدينه .

" أما إذا كان من رفع الدعوي هو المدين نفسه ، وقد رفعها علي الدائن يطلب الحكم ببراءة ذمته من الدين أو ببطلانه أو بانقضائه بأي سبب ولو بالتقادم ، ورفضت هذه الدعوي ، " فإن أثرها في قطع التقادم محل خلاف :

فعند البعض أن هذا الإجراء لا يقطع التقادم [3] . وعند البعض الآخر

(١) أشار لهذا البعض ، السنهوري ، الموضع السابق]

(٢) نقض ١٩٦٦/١/١٢ المجموعة س ١٧ ص ١٠٢ ، وفي نفس المعني نقض ١٩٧٢/١/١٩ المجموعة س ٢٣ ص ١٦٧ .

(٣) من هذا الاتجاه السنهوري ، السابق ، ص ١٣٠٥ هامش ١ ، والفقه =

يقطعه [1] . فيما يفرق بعضٌ ثالث بين ما إذا كان الحكم برفض دعوي المدين صدر في غيبة الدائن ودون إبداء دفاع منه فلا يقطع التقادم ، أو صدر في حضور الدائن وبعد أن أبدي دفاعه فيكون مؤيداً لحقه وقاطعا للتقادم [2] .

٢ــ إجراءات أخري :

٥٢٧- وفضلا عن المطالبة القضائية ، ينقطع التقادم كذلك ــ وطبقا للمادة ٣٨٣ - « بالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى » .

٥٢٨- ويقصد بالتنبيه الإجراء السابق على التنفيذ الجبرى المنصوص عليه بالمادة ٢٨١ مرافعات ، والذى يوجب المشرع اشتماله على إعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين . ومن ثم فإنه يشترط

= الفرنسي المشار إليه فيه في نفس الموضع ، ومحكمة النقض في مصر : مؤكدةً أن هذا الإجراء يُنافي اعتبار المدين معترفاً بالدين اعترافاً يقطع مدة التقادم : أنظر نقض ١٩٤٦/١/١٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠ ، وانظر أيضا نقض ١٩٣٨/١١/١٧ نفس المجموعة ج٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨ (في شأن دعوي المدين ببراءة ذمته من الدين) ، وفي نفس الاتجاه أيضا قضت محكمة استئناف مصر ومحكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها ، أنظر في هذه الأحكام السنهوري تكملة هامش ١ من ص ١٣٠٥ في ص ١٣٠٦ .

(١) من هذا الرأي في الفقه الفرنسي : لابيه مشار إليه في السنهوري الموضع السابق .

(٢) من هذا الرأي في الفقه الفرنسي ، الفقه المشار إليه في السنهوري في نفس الموضع السابق .

فيه أن يتم على يد محضر وبناءً على سند واجب التنفيذ [1] . وهو ما لا يتوافر – مثلاً – فى « الطلب المقدم للجنة المساعدة القضائية للإعفاء من الرسوم » [2]، ولا فى التكليف بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء إذ هو مجرد إنذار بالدفع [3] .

إنما ، لا يشترط المشرع فى هذا التنبيه (أو التكليف بالوفاء) عبارة معينة « فيكفى أى عبارة تدل بذاتها على تصميم صاحبها على هذا التكليف » [4] ، كأن يتضمن إعلان الحكم المنفذ به (السند التنفيذى) للمنفذ ضده ، تنبيها عليه بـ « نفاذ مفعوله » . فهذه العبارة « تؤدى عقلاً إلى معنى التكليف بالوفاء الذى قصدته المادة ٢/٢٨١ مرافعات » [5] .

وبديهى أنه حتى يرتب التنبيه أثره فى قطع التقادم يجب أن يكون إجراءً متخذاً بشكل صحيح ، وإلا فإن كان باطلاً فلن يكون له هذا الأثر [6] .

---

(١) انظر نقض ١٩٥٩/٢/٣ المجموعة س١٠ ص٧٢٢ ؛ نقض ١٩٤٢/١١/١٦ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٤٥ .

(٢) نقض ١٩٤٢/١١/١٦ سابق الإشارة إليه .

(٣) نقض ١٩٧٨/٤/١٧ المجموعة س٢٩ رقم ٢٠٠ ص١٠١٥ .

(٤)،(٥) نقض ١٩٨١/١٢/٣١ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص٧٤٣ ؛ وقرب نقض ١٩٦٤/١٢/٣ المجموعة س١٥ ص١١٠٦ .

(٦) نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ المجموعة س١٧ ص١٧٠٥ وقد جاء فيه : « قيام الدائن بالتنبيه أو بالحجز على المدين لنزع ملكية عقاره ، وإن كان يعد بذاته إجراء قاطعاً للتقادم المسقط لحقه فى ذمة مدينه يبدأ بموجبه سريان التقادم من جديد ، إلا أن الحكم بإلغاء قائمة شروط البيع لبطلان سند التنفيذ أو بطلان حق الحاجز فى التنفيذ به ، يستتبع حتماً بطلان التنبيه الذى أعلن دون سند صحيح يخول الحق فى التنفيذ بمقتضاه فلا يكون للتنبيه أثر فى قطع التقادم » .

٥٢٩- وفيما يتعلق بالحجز [١] ، تجدر الإشارة إلى ما تقول به محكمة النقض من أنه ، في خصوص حجز ما للمدين لدى الغير (ذلك الذى يتم - قانوناً - بمجرد إعلان الحجز إلى المحجوز لديه) يترتب على توقيع هذا الحجز قطع التقادم السارى لمصلحة المحجوز لديه فى مواجهة المحجوز عليه ، وكذلك قطع التقادم السارى لمصلحة المحجوز عليه فى مواجهة الحاجز [٢] .

٥٣٠- أما الـ « عمل » المنصوص عليه في عجز المادة ٣٨٣ فالمقصود به - على ما أبانته محكمة النقض - « هو الطلب الذى يبديه الدائن فى مواجهة مدينه أثناء السير فى دعوى مقامة ضد الدائن او تدخله خصماً فيها ، ويبين منه تمسكه ومطالبته بحقه المهدد بالسقوط » [٣] .

٥٣١- كذلك تضمّن قانون الضريبة علي الدخل ، سابق الإشارة إليه ، أسبابا إضافية لقطع تقادم دين الضريبة . فقد نصت المادة ٢/٩١ من ذلك القانون علي أنه : « وتنقطع المدة بأي سبب من أسباب قطع التقادم المنصوص عليها في القانون المدني ، و بالإخطار بعناصر الضريبة أو بالتنبيه علي الممول بأدائها أو بالإحالة إلي لجان الطعن » .

* * *

(١) راجع من تطبيقات القضاء لهذا الإجراء القاطع للتقادم : نقض ١٩٧٥/٤/٣٠ المجموعة س٢٦ ص٨٧٣ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٥/٤/٣٠ المجموعة س٢٦ ص٨٧٣ وقد بررت هذا الحكم بقولها « لأن الحجز وإن كان يعلن إلى المحجوز لديه إلا أنه يقصد توجيهه فعلاً إلى المحجوز عليه وينصب على ماله » .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ المجموعة س٣٠ (ع/٢) رقم ٢٢٨ ص٢٣٢ .

ب ـ ما يرجع إلي المدين :

٥٣٢- كذلك « ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحا أو ضمنياً » (مادة ١/٣٤٨) ، شرط أن يكون ذلك الإقرار « كاشفاً عن نية المدين الإقرار بالدين » [١] ، بما لازمه أن يكون منطوياً « علي إرادة المدين النزول عن الجزء المنقضي من مدة التقادم » [٢] .

٥٣٣- واستخلاص معني الإقرار الضمني (بحق الدائن) القاطع للتقادم ، من مسلك المدين ، هو من المسائل الموضوعية التي تترك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تستقل بها بلا رقابة عليها من محكمة النقض [٣] .

ومن أمثلة هذا الإقرار الضمني : أن يطلب المدين من دائنه أجلا للوفاء بالدين [٤] ، أو أن يقوم بسداد فوائد الدين أو جزء من الدين نفسه . علي أن يلاحظ أنه " إذا كان الحق المدعي به متنازعا في جزء منه وقام

---

(١) نقض ١٩٦٤/١١/١٩ المجموعة س ١٥ ص ١٠٥٠ وفيه رتبت المحكمة علي هذا الشرط أنه : " إذا كانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت ما احتواه طلب التسوية من خلط بين الديون ، ومن القول في أكثر من موضع أن الديون مسددة وميتة ، اعتبرت هذا لبسا وغموضا في الإقرار يجعله غير كاشف عن نية المدين في الاعتراف بالدين ، وهو ما يلزم توافره في الإقرار القاطع للتقادم ، فإن هذا التعليل السائغ يكفي لحمل قضاء الحكم المطعون فيه ، ويكون النعي عليه بالقصور علي غير أساس " ، وانظر أيضا ، نقض ١٩٧٧/١٢/١٣ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٢ نقض ١٩٥٦/٥/٣١ المجموعة س ٧ ص ٦٤٢ .

(٢) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٣ .

(٣) نقض ١٩٧٥/١١/٣٠ المجموعة س ١٦ ص ١١٥٢ ، نقض ١٩٥٥/١٢/٨ المجموعة س ٦ ص ١٦٧٦ ، نقض ١٩٦٤/١١/١٩ المجموعة س ١٥ ص ١٠٥٠ .

(٤) نقض ١٩٧٨/١٢/١٤ المجموعة ٢٩ـ٣٧٢ـ١٩٢٧ .

المدين بسداد القدر غير المتنازع فيه ، فإن هذا الوفاء لا ينطوي علي إقراره بمديونيته بالجزء من الحق موضوع النزاع أو نزوله عما انقضي من مدة التقادم بالنسبة إليه " [1] .

ومن أمثلته أيضاً من تطبيقات القضاء :

- " إيداع المدين ، الدين ، خزانة المحكمة لذمة الدائن " فهذا الإيداع " يتضمن إقرارا من الأول بحق الثاني وبالتالي يقطع التقادم ، ويظل أثر هذا الإيداع في قطع التقادم مستمرا طوال مدة الإيداع ولا ينتهي هذا الأثر إلا بسحب المودع لوديعته إذ في هذا الوقت فقط ينتهي أثر الإقرار بالحق ويبدأ تقادم جديد " [2] .

ـ و " تقديم الطاعن (المدين) طلب تسوية دينه إلي لجنة التسوية العقارية " فهو " يعتبر إقرارا منه بالمديونية يقطع التقادم " [3] .

ـ و " إدماج الدائن (الذي رفع الدعوي يطالب بدينه) ديناً لمدينه في ذمته ، في الحساب الذي أوضحه في عريضة دعواه " ، وكذلك " طلبه استنزال هذا الدين مما له في ذمة المدين .... يعتبر (أي هذا المسلك المزدوج) إقرارا من الدائن من شأنه قطع مدة تقادم دين مدينه " [4] .

---

(١) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٢ ، ٧٥٣ .
وتبعا لذلك قضت محكمة النقض بأن : " وفاء المستأجر بالقدر غير المتنازع عليه من الأجرة لا ينقطع به سريان التقادم الخمسي بالنسبة لفروق الأجرة المتنازع عليها " نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ المجموعة ٢٩ـ٣٧٣ـ١٩٢٧

(٢) نقض ١٩٦٨/٤/٢٥ المجموعة س ١٩ ص ٨٦٢ .

(٣) نقض ١٩٦٥/١١/٣٠ المجموعة س ١٦ ص ١١٥٢ (وكان المدين ـ في هذه الدعوي ـ يدفع بسقوط الأحكام المنفذ بها بالتقادم) .

(٤) نقض ١٩٥٨/١/٢ المجموعة س ٩ ص ٤٣ .

وقد اعتبر **المشرع** ، **نفسه** ، من قبيل الإقرار الضمني " أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً له مرهونا رهنا حيازيا تأميناً لوفاء الدين " م/٣٨٤-٢ . وبهذه المناسبة نُذكّر بما قلناه في موضع سابق أيضا من أن بقاء العين المملوكة للمدين تحت يد الدائن الحابس يُعدّ بدوره اعترافا ضمنيا مستمرا من جانب المدين بوجود الدين بما يحول دون سقوط هذا الدين بالتقادم [(١)] .

" أما وجود الرهن الرسمي والامتياز والاختصاص وقيد هذه الحقوق وتجديد قيدها ، فليس من شأنها جميعا قطع التقادم ، لأن المدين لا يُنسب إليه في هذه الحالة أمر مادي ينطوي علي إقرار ضمني بالدين ، ومجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يكفي في هذا الشأن " [(٢)] .

٥٣٤- وبالمقابلة ، قضي بأنه لا يعتبر إقرارا بالدين ينقطع به التقادم :

ـ " رفع المدين دعوي ببراءة ذمته من الدين " [(٣)] .

ـ ولا : " الكتاب المرسل من أمين النقل إلي المرسل إليه إذا كان مفاده الوعد ببحث شكوي المرسل إليه وتحرّي حقيقة الأمر فيها " [(٤)] .

ـ ولا : " المفاوضات التي تدور بين الناقل والمرسل إليه بشأن تسوية

---

(١) انظر سابقا بند ١٩٢ .

(٢) الأعمال التحضيرية لنص المادة/٣٤٨ مشار إليها في معوض عبدالتواب ص٧٥٠.

(٣) نقض ١٩٣٨/١١/١٧ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٠ .

(٤) نقض ١٩٥٦/٥/٣١ المجموعة س ٧ ص ٦٤٢ .

النزاع بينهما حول المسئولية عن تلف البضاعة " (1) . إلي غير ذلك من الأمثلة

* * *

٥٣٥- والإقرار ، كما هو معروف ، تصرف قانوني من جانب واحد لا يلزم فيه شكل معين ، وإثباته يخضع للقواعد العامة .

ولكون المقرر ، فيه ، بوجه عام ، هو أن أثره نسبي لا يتعدي المقر إلي غيره (2) فإن " إقرار بعض الورثة بالدين الثابت في ذمة مورثهم لا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة لمن عداهم " (3) .

٥٣٦- هذا ويجري قضاء النقض علي أنه : " بحسب محكمة الموضوع أن يدفع أمامها بالتقادم حتي يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعتريها من انقطاع ، إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضي التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ، ومن ثم يكون للمحكمة ــ ولو من تلقاء نفسها ــ أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوي بقيام سببه " (4) .

أثر انقطاع التقادم :

٥٣٧- فإذا انقطع التقادم لأى من الأسباب السابقة ، سقطت كل المدة السابقة على سبب الانقطاع و« بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر

---

(1) فهذه المفاوضات " وإن كانت تصلح سببا لوقف دعوي المسئولية المنصوص عليها في المادة ١٠٤ من القانون التجاري متي كان يُستفاد منها قيام المانع من المطالبة ، إلا أنها لا تصلح سببا لقطع التقادم " .

(2)،(3) نقض ١٩٦٢/٢/٧ المجموعة س ١٣ ص ٧٧٤ .

(4) نقض ١٩٨١/١٢/٢٨ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٤٣

المترتب على سبب الانقطاع » (م ٣٨٥) .

والأصل ، أن تكون مدة هذا التقادم الجديد « هي مدة التقادم الأول » [١] م٣٨٥/١ .

ومع ذلك فقد استثنى المشرع من هذا الأصل الحالتين التاليتين :

١- « إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة ، وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة » م ٣٨٥/٢ .
وأساس هذا الاستثناء ، أن التقادم الحولي يبنى على قرينة الوفاء . فإذا أقر المدين بحق الدائن سقطت هذه القرينة ، وانقطع التقادم ، وبدأ من جديد تقادم عادى فى السريان بشأن هذا الحق .

٢- إذا كان الدين مما يتقادم بأقل من خمس عشرة سنة (خمسيا ، أو ثلاثيا ، أو حوليا) ، وطالب به الدائن قضاء ، ثم حكم له بالدين « وحاز الحكم قوة الأمر المقضى » ، فإن حق الدائن لا يسقط بعد ذلك إلاّ بمضي مدة خمس عشرة سنة [٢] . علي أن يلاحظ ، أن المقصود بالحكم الحائز قوة الأمر المقضي في هذا الصدد ، أو في عبارة أخري الذي يترتب عليه هذا الأثر ، هو "حكم الإلزام" ، لما له (أي لهذا النوع من الأحكام) من قوة تنفيذية تزيد من حصانة الدين

---

(١) انظر نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٤٥ ، وفيه قضت المحكمة بأنه : « . . . يحتفظ التقادم الذي يبدأ في السريان بعد الانقطاع بصفات التقادم الذي قُطِع ويبقي خاضعا لنفس القواعد التي تحكمه " ، وانظر أيضا : نقض ١٩٤٨/١٢/١٣ مشار إليه في نفس المرجع ص ٧٥٤ ، ٧٥٥ .

(٢) انظر الأعمال التحضيرية (في شأن تقادم خمسي قبل الانقطاع) مشار إليها في معوض عبد التواب ص ٧٥٤ ، وانظر – من تطبيقات القضاء في نفس الفرض ، نقض ١٩٤٤/١١/٢٣ مشار إليه في نفس المرجع ص ٦٩٩

وتمدّه بسبب جديد للبقاء " وذلك " خلافا للحكم الذي يقتصر على مجرد تقرير الحق المُدَّعَي دون إلزام المدعي عليه بأداء معين ، فهو لا يصلح ولو حاز قوة الأمر المقضي سنداً تنفيذيا يُمكّن المحكوم له من اقتضاء حقه بإجراءات التنفيذ الجبري " (١) .

٣- إنما يستثني من هذا الاستثناء فرض ما لو « كان الدين المحكوم به ، متضمنا لالتزامات دورية متجددة ، لا تستحق إلا بعد صدور الحكم »

(١) نقض ١٩٧٨/١١/٢٠ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٥ ، وفي نفس المعني : نقض ١٩٧٩/٢/٢٨ المجموعة ٣٠ (ع١) -١٢٠-٦٤١ ؛ ونقض ١٩٧٩/١/٣١ المجموعة ٣٠- (ع/١) -٨٧-٤٥٥ ؛ نقض ١٩٨٣/٥/٥ ، نفس المرجع ص ٧٥٧ ، نقض ١٩٨٢/١٢/٩ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٧٥٦ ، ٧٥٧ وقد جاء فيه :

" لما كانت المادة ٣٨٥ من القانون المدني فيما تنص عليه فقرتها الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذا صدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضي — تستبدل التقادم الطويل للدين بالتقادم القصير متي عززه حكم يثبته ويكون له من قوة الأمر المقضي فيه ما يحصنه ، وكان الحكم بالتعويض المؤقت — وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة — وإن لم يحدد الضرر في مداه ، يعرض للمسئولية التقصيرية بما يثبتها ولدين التعويض بما يرسيه غير معين المقدار مما يرتبط بالمنطوق أوثق ارتباط فتمتد إليه قوة الأمر = = المقضي ، ومتي توافرت لأصل الدين هذه القوة فهي بظاهر النص حسبه في استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لم يكن قابلا بعدُ للتنفيذ الجبري ، ولا يسوغ أن يُقصَر الدين الذي أرساه الحكم علي ما جري به المنطوق رمزا له ودلالة عليه ، بل يمتد إلي كل ما يتسع له محله من عناصر تقديره ولو بدعوي لاحقة لا يرفعها المضرور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الدين يستكمله بتعيين مقداره ، فهي بهذه المثابة فرع من أصل تخضع لما يخضع له وتتقادم بما يتقادم به ومدته خمس عشرة سنة . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذْ خلص إلي رفض الدفع بسقوط دعوي التعويض بالتقادم الثلاثي علي سند من قوله بأن دعوي تكملة التعويض وقد رُفعت بعد القضاء بالتعويض المؤقت — لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة إبتداءً من تاريخ صدور الحكم الجنائي النهائي — يكون قد أصاب صحيح القانون ... "

م ٢/٣٨٥ ، فإن هذه الالتزامات لا تسقط إلا بمضى خمس سنوات على استحقاق كل منها . كما لو قضى للمؤجر بمتجمد الأجرة وبإلزام المستأجر بدفع ما يستجد منها . فعندئذ يتقادم الحق فى متجمد الأجرة بـ خمس عشرة سنة ، أما الحق في كل أجرة على حدة مما سيستحق ، فإنه ، باعتباره دينا دوريا متجددا ، يتقادم بـ خمس سنوات من وقت استحقاقه [1] .

المطلب الرابع
أحكام التقادم

وجوب التمسك بالتقادم :

٥٣٨- لم يكن من المتصور – في الواقع – وأياً كانت اعتبارات المصلحة العامة التى تسند نظام التقادم المسقط ، أن يجعل المشرع لهذا النظام أثرا ذاتيا يترتب بقوة القانون بمجرد اكتمال مدته ، لأن الدين هنا يسقط دون وفاء به من جانب المدين ولا تنازل عنه من جانب الدائن ، وقد يأبى على المدين ضميره أن يهدر حق الدائن بهذا الشكل [2] . بما يجعل من الضرورى أن يعلق الأثر المسقط للتقادم على إرادة من جانب المدين . وهو ما أخذ به المشرع حين قضى فى المادة ١/٣٨٧ بأنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها [3] ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب

---

(١) وتضيف محكمة النقض إلي هاتين الحالتين الاستثنائيتين ، حالة ما إذا كان الدين قد " حصل تجديده " ، أنظر في ذلك ، وفي تطبيق لهذه الحالة الثالثة : نقض ١٩٤٨/١٢/١٣ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٤ ، ٧٥٥

(٢) انظر فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ١١٨٩ .

(٣) ويؤكد الفقه والقضاء الفرنسيان على هذا المعنى ، حتى ولو كانت كل شروط التقادم متوافرة : انظر جوجلار بند١١٨٩ ، شيفالييه ، تعليق فى (ر.ت ١٩٦٥–٣٤٣) ، نقض ١٩٥٣/٣/٢٣ (د . ١٩٥٣ – ٣٣٧) ، نقض ١٩٧١/٥/٥ (د . ١٩٧١ – ٤٧٠ وتعليق هويه) .

المدين [1] ... » . ويفهم من هذا النص ، أن الالتزام لا ينقضي من تلقاء نفسه بمجرد اكتمال مدة التقادم ، وإنما يتعين لذلك أن يتمسك المدين بهذا الانقضاء ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها . وهو ما يتفرع عليه أنه – أى المدين – إذا أوفى بالدين رغم اكتمال مدة التقادم فإنه إنما يسدد بذلك التزاما لا يزال – على حاله – مدنيا مستحق الأداء[2] ، ومن ثم فإنه لا يستطيع أن يسترد ما أوفاه متذرعا بأنه سدد دينا انقضى بالتقادم ، حتى ولو كان وفاؤه قد تم عن غلط ، في معنى أنه كان يجهل – وقت أن قام به – أن الدين كانت قد اكتملت مدة تقادمه [3] .

ويقع التمسك بالتقادم عن طريق الدفع ، وهو دفع موضوعي يردّ به المدين على مطالبة الدائن له بوفاء الدين . ومن ثم يجوز إبداؤه « في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية » م ٢/٣٨٧ [4] .

---

(١) وبديهى أن الدفع بالتقادم – كدفع موضوعى – لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض . أنظر نقض مصرى ١٩٧٨/٤/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٢٥ ص ١١٤٥ .

(٢) في هذا المعني : الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٨٦ مشار إليها في معوض عبد التواب ص ٧٥٨

(٣) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١١٨٧ ، ونقض فرنسى (تجارى) ١٩٤٨/٦/٨ (ج .ب ١٩٤٨-٢-١٢٠) ، وفى مصر : د . السنهورى جـ٣ بند ٦٦٥ . ولما كان الالتزام الطبيعى لا يكون الوفاء بـه – بالمقابلة – صحيحاً إلا إذا كان الموفى يعلم طبيعته هذه ، فقد رأي جوجلار – تبعاً لذلك – فى الالتزام المتقادم « التزاماً طبيعياً renforcée » . جوجلار ، الإشارة السابقة .

(٤) وإبداؤه " في أية حالة تكون عليها الدعوي " إنما هو – كما تقول محكمة النقض – لأن " الدفع بالتقادم هو وسيلة دفاع يلجأ إليها الخصم للوصول إلى انقضاء الالتزام ، وذلك بخلاف وسائل الدفاع الشكلية التي لا تواجه موضوع الحق المدعي به بل تستهدف الطعن في صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها " نقض : ١٩٧٩/٤/١٢ =

٥٣٩- وكان مؤدى اعتبارات الضمير ، سابقة الإشارة ، أن يجعل المشرع مكنة التمسك بالتقادم للمدين وحده . لكنه فى الواقع لم يفعل ذلك ، وإنما رجح بعض مصالح أخرى رآها أجدر بالحماية من هذه الاعتبارات الأدبية . فأجاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم « ولو لم يتمسك به المدين » م ١/٣٨٧ .

ويعد ذو مصلحة فى التمسك بالتقادم ، فضلا عن المدين ، خلفه العام ، والمدين المتضامن معه فى الدين (حين يكون له أن يتمسك بالتقادم الذى اكتملت مدته بالنسبة لزميله وبقدر حصته) [1]، وكذلك الكفيل ، وحائز العقار المرهون لضمان دين المدين . بل أكثر من ذلك ، وبرغم اعتبارات الضمير سابقة الذكر والتى تجعل من التمسك بالتقادم مسألة يستقل المدين وحده بتقديرها ، أجاز المشرع صراحة لدائنى المدين أن يتمسكوا نيابة عنه بالتقادم، عن طريق الدعوى غير المباشرة (م ١/٣٨٧) بل وأجاز لهم ، إذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم ، أن يطعنوا فى هذا النزول بالدعوى البولصية .

= مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٣ ، وانظر أيضا : نقض ١٩٨٢/٣/٢٨ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٠٩ ، ٧١٠ .

إنما لا يقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض بحسبانه " يعتبر سببا جديدا " انظر نقض ١٩٧٦/٣/٣١ المجموعة س٢٧ ص٨٣٨ ، وانظر نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ مشار إليه في معوض عبد التواب ص٧٦٢ (وقد أسست محكمة النقض ذلك على أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام) .

(١) " إلا أنه إذا أبدي أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع (الدفع بالتقادم) فإن أثره — في نظر محكمة النقض — لا يتعدي إلي غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به " انظر نقض ١٩٦٨/٤/٢ المجموعة س ١٩ ص ٦٨٩ ، وهو قول قد يكون محل نظر ، ثم هو مسلم به من أنه في التضامن بين المدينين تكون هناك نيابة تبادلية بينهم فيما ينفع

التنازل عن التقادم :

٥٤٠- « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه » م ١/٣٨٨ . أى قبل اكتمال مدته [١] ، وإلا أصبح هذا النزول المسبق ، شرطا مألوفا ودارجا فى العقود ، يمليه الدائنون على مدينيهم مقدما ، فتهدر بذلك اعتبارات الصالح العام ، التى كانت وراء تقرير نظام التقادم المسقط [٢] .

إنما إذا ثبت الحق فى التقادم ، باكتمال مدته ، جاز للمدين أن ينزل عنه [٣] ، إذا رآه وسيلة لبراءة ذمته لا تستجيب والضمير .

ولدي محكمة النقض أنه إذا كان المبدأ أنه " لا يجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم " إلا أنه " يجوز النزول عن المدة التي انقضت من تقادم لم يكتمل " ورأت في " هذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم علي أساس اعتباره إقرارا من المدين بحق الدائن " [٤] .

٥٤١- والنزول عن التقادم هو " عمل قانوني من جانب واحد يتم

---

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١/٩ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ٣٧ ص ١٣٧ وقد قضت فيه بأن اتفاق المدين على عدم تمسكه بالتقادم المسقط قبل انقضاء مدته هو اتفاق باطل . وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٩/١/٩ مشار إليه في معوض عبد التواب ص٧٦٥ ، ٧٦٦ وقد جاء فيه : " النص في الفقرة الأولي من المادة ٣٨٨ من القانون المدني علي أنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . . . ، يدل علي أن كل اتفاق يتعهد بمقتضاه المدين بعدم التمسك بالتقادم يقع باطلاً متي تمّ هذا الاتفاق قبل انقضاء مدته ، وأنه لا يجوز ترك مبدأ سريان التقادم لاتفاق يعقد بين الدائن والمدين "

(٢) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١١٨٩ .

(٣) انظر نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٨٥ ص ١٩٧٧ .

(٤) نقض ١٩٦٩/١/٣٠ المجموعة س ٢٠ ص ٢١٠

بمجرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه " .

" ولا يخضع هذا النزول لأي شرط شكلي فكما يقع صراحة بأي تعبير عن الإرادة يفيد معناه ، فإنه يجوز أن يكون ضمنا يُستخلص من واقع الدعوي ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التي تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا غموض فيه " [1] . وهي مسألة يستقل بتقديرها ، علي أي حال ، قاضي الموضوع [2] لا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض شرط أن يكون تقديره سائغاً [3] ، أو بتعبيرٍ آخر : شرط أن تكون الوقائع التي يستخلص منها هذا التنازل الضمني قاطعة في الدلالة علي معناه [4] فهذا النزول لا يفترض ولا يؤخذ بالظن " ، ولا يستفاد بذاته من مجرد التراخي في التمسك بالتقادم [5] . باختصار ، الشك فيه يؤول إلي نفيه .

ومن أمثلة هذا التنازل الضمني : أن يطلب المدين مهلة من الدائن (لسداد الدين) بعد اكتمال مدة التقادم . وإقرار المدين بعدم الوفاء بالدين الذي انقضي بمضي خمس سنوات ، أجاز القضاء كذلك اعتباره نزولا عن

(١) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٥ .

(٢)،(٣) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ سابق الإشارة إليه ، نقض ١٩٧٩/٤/١٢ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٦ .

(٤) لذلك رأت محكم النقض – في دعوي كان الطاعنون فيها ، بعد أن أشاروا في الطلب المقدم منهم إلي المطعون عليهم إلي أن الحكم المنفذ قد سقط بالتقادم أبدوا رغبتهم في دفع الدين المحكوم به ومصاريفه دون الفوائد – أن الحكم المطعون فيه ، إذ استخلص من هذه العبارة التي كان مقتضاها الصحيح أن الطاعنين يتمسكون بالتقادم بالنسبة للفوائد – أن النزول عن التقادم يشمل الفوائد ، وقضي برفض دعوي الطاعنين ببراءة ذمتهم منها ، هذا الحكم رأته محكمة النقض قد انحرف عن المعني الظاهر للعبارة سالفة الذكر مما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون " نقض ١٩٧٥/٢/١٨ المجموعة س ٢٦ ص ٤٢٩ .

(٥) نقض ١٩٧٩/٤/١٢ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٦ .

التمسك بالتقادم [1] . بل إنه ــ ولئن كان الأصل في التنازل عن التقادم ، أنه لا يُستفاد بذاته من مجرد التراخي في التمسك به ــ فإنه " من الجائز حمل هذا التراخي محمل النزول الضمني وفقا للظروف " وإن كان " يشترط لصحة ذلك أن يكون الاستخلاص مستمداً من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به " [2] .

٥٤٢- فإذا ثبت نزول المدنين عن التقادم ، ظل الالتزام باقيا فى ذمته ، ويبدأ تقادم جديد فى السريان ، تماما كما هو الحال فى انقطاع التقادم بإقرار المدين [3] .

٥٤٣- إنما لا ينفذ هذا النزول فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم م ٢/٣٨٨ . ومن ثم يجوز لهؤلاء الدائنين – بالرغم من أن هذا النزول لا يصدق عليه وصف التصرف القانونى المفقر ، إذ لا يتضمن إنقاص حقوق المدين ولا زيادة التزاماته ، وإنما لا يعدو أن يكون مجرد تأييد لالتزام قائم من قبل – أن يطعنوا فى هذا النزول بالدعوى البولصية . ويبدو أن واضعى المذكرة الإيضاحية – وقد جاراهم فى ذلك بعض الشراح – يستندون إلى ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ ، من ضرورة أن يكون المتنازل عن التقادم أهلا للتصرف فى حقوقه ، حين اعتبروا هذا النزول من قبيل التبرعات ، ومن ثم أجازوا للدائنين الطعن فيه دون حاجة لإثبات الغش أو

---

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٦/١٥ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٥

(٢) نقض ١٩٧٩/٤/١٢ سابق الإشارة إليه ، نقض ١٩٧٢/٢/١٧ المجموعة س٢٣ ص ٢١١ ، نقض ١٩٧٨/١/١٠ المجموعة س٢٩ رقم ٣٣ ص ١٣٩

(٣) ويرتب الفقه الفرنسى نفس النتيجة على الفرض الذى يتنازل فيه المدين عن التمسك بالتقادم خلال سريانه . أنظر : مارتى ورينو بند ٨٧٤ ، جوجلار بند ١١٨٩ .

التواطؤ [1] . ونرى – على العكس – مع البعض الآخر ، أن النزول عن التقادم لا يعتبر تبرعا [2] ، ما دام أن الأثر المسقط للتقادم لا يترتب إلا إذا تمسك به المدين . فإذا كان هذا الأخير لم يتمسك به ، أى تنازل عنه ، فإنه بذلك لا يخرج مالا من ذمته وإنما يقتصر على تأييد التزام قائم من قبل ، ومن ثم يجب أن يخضع هذا النزول لأحكام المعاوضات في خصوص الدعوى البولصية .

عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم :

٥٤٤– وفقا لصريح نص المادة ١/٣٨٨ ، « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون » ، سواء بإطالة مدة التقادم ، حين يكون الاتفاق هنا لمصلحة الدائن ، أو حتى بتقصير [3] هذه المدة ، حين يكون الاتفاق هنا لمصلحة المدين .

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٤٥ ، وأنظر أيضا : د . الصده بند ٢٦٠ ، د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٤٣٧ .

(٢) من هذا الرأى د . السنهورى ج٣ بند ٦٦١ ، ٦٦٢ ، وهامش ٣ من ص ١١٤٩ ، د . إسماعيل غانم بند ٢٩٠ ، وقارن . د . البدراوى ، رسالته سابقة الإشارة بند ١٨١ ، د . محمود جمال الدين زكى بند ٦٢٢ ، د . جميل الشرقاوى بند ١٣٥ر.

(٣) ويرى الفقه الفرنسى – على العكس – أن الأصل هو صحة الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، حيث يكون هذا الاتفاق فى مصلحة المدين . أنظر : ستارك بند ٢٥٠٤ ، مارتى ورينو بند ٨٦٧ ، وأنظر أيضا : نقض فرنسى ١٩٥٠/١/٣١ (د. ١٩٥٠ – ٢٦١ وتعليق ليريور – بيجونيير ، س ١٩٥٠ – ١ – ١٢١ وتعليق نيبوييه ، ج . ك . ب ١٩٥٠ – ٢ – ٥٥٤١ وتعليق أ . فيل) .

على أن هذا الأصل يرد عليه قيدان : أولا : ألا يكون من شأن هذا الاتفاق أن تكون مدة التقادم بالغة القصر حتى أنه لا يعد يبقى أمام الدائن تقريبا من الوقت ما يمكنه من المطالبة القضائية بحقه ([illegible] ١٩٢٩/٢/٢٦ –

وحظر الاتفاق على إطالة مدة التقادم ، أمر مفهوم وواضح ، إذ هو التكملة الضرورية لحظر النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . ولولاه لأمكن للدائن أن يفرض على مدينه أن ينزل له عن التقادم مقدما ، بشكل غير مباشر ، حين يتفق معه على إطالة مدته إلى أمد بالغ الطول [1]، [2] .

كما أن حظر الاتفاق على تقصير مدة التقادم لمصلحة المدين ، هو أمر مبرر أيضا ، رغم ، أن العكس قد يبدو للوهلة الأولى . وذلك لأن المدين – فى بعض الأحيان – قد يكون هو الطرف القوى فى العقد ، كشركات نقل الأشخاص أو البضائع ، بما يخشى معه أن يفرض هذا المدين تقصير مدة التقادم على دائنه . ولذلك يجيز المشرع ، فى بعض الحالات واستثناء من أصل حظر الاتفاق على تعديل مدة التقادم ، ما إذا كان هذا التعديل لمصلحة الطرف الضعيف فى العقد كما هو الحال فى عقد التأمين .

= د . ١٩٢٩ – ٣٠٥ ، بيريجو المدنية ١٩٥٤/٧/٦ ج . ب ١٩٥٤ – ٢ – ٢٧٨ ، ر . ت ١٩٥٥ – ٣٣٠ وتعليق هنرى وليون مازو) . ثانيا : حالة ما إذا نص القانون صراحة على بطلان هذا الاتفاق فى فرض خاص . ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٢٦ من قانون التأمين الفرنسى الصادر فى ١٣ يولية ١٩٣٠ . أنظر فى تفاصيل هذه القيود : ستارك بند ٢٥٠٤ .

(١) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٨٦٦ ، جوسران بند ٩٩٠ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٦٤ .

(٢) ومع ذلك يقصر الفقه الفرنسى بطلان الاتفاق ، على الإطالة المتفق عليها لحظة التعاقد . ولا يرى ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على إيقاف التقادم ، الذى بدأ سريانه ، مؤقتا ، ريثما مثلا يتم بحث مسألة متعلقة بوجود الدين نفسه . أنظر فى هذا المعنى . كولان وكابيتان ودى لاموراندبير بند ٣٦٤ ، جوسران بند ٩٩٢ .

فالدعوى الناشئة عن هذا العقد تتقادم بمضي ثلاث سنوات . ومع ذلك يجيز المشرع ، التعديل في هذه المدة لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد (م ٧٥٢ ، ٧٥٣) .

ما يترتب على التقادم من آثار :

٥٤٥- ويترتب على التقادم بعد [1] التمسك به « انقضاء الالتزام » م ١/٣٨٦ [2]، لتسقط معه كذلك « الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » [3] م ٢/٣٨٦ . ولولا هذا

---

(١)،(٢) هذا هو صريح نص المادة . وبذلك يكون المشرع المصري قد حدد الموقف الذي يختاره بين الآراء التي اختلفت حول تأصيل سقوط الدين بالتقادم أو بعبارة أخري قد أجاب علي التساؤل حول محل التقادم وما إذا كان هذا يرد علي الالتزام نفسه (أو الدين / أو الحق) أم أنه يرد علي الدعوي . ففي الموضوع عدة اجتهادات : إذ من قائل بأن التقادم يرد علي الالتزام فيسقط منه عنصر المسئولية فقط (دون عنصر المديونية) (وهؤلاء يمثلون النظرية الجرمانية) إلي قائل بأن التقادم يلحق الدعوي دون الحق (وهؤلاء هم جانب من أنصار النظرية الحديثة التي تميز تمييزا دقيقا بين الحق والدعوي وتري أن هذين يختلفان في كل من السبب والمحل والأثر ـ وفكرهم يقترب كثيرا من فكر الفقه الإسلامي الذي فيه لا يُسقط التقادم الحق ذاته ولكنه يقتصر علي أن يمنع سماع الدعوي بالحق) ، فيما يري اتجاه ثالث أن التقادم يلحق كلا من الدعوي والحق معاً ، لينتهي السنهوري إلي القول بأن " هذه الآراء جميعا لها أهميتها الفقهية ولكن النتيجة العملية واحدة فيها جميعا " ، أنظر السنهوري الوسيط ، الجزء الثالث الطبعة الثانية (١٩٨٤) بند ٦٧٤ ص ١٤٠٠ ، ١٤٠١- . وانظر عرض تفصيلي لهذه الآراء جميعا وأنصار وحجج كل رأي ، في نفس المؤلف البنود من ٦٧٢ إلي ٦٧٤ ، الصفحات من ١٣٩٥ إلي ١٤٠١ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٦/١١/١٤ المجموعة ٢٧ عدد ٢) رقم ٢٩٥ ص ١٥٧٩ .

النص ، لبقيت فوائد الخمس سنوات الأخيرة مستحقة للدائن باعتبارها دينا دوريا متجددا لم تكتمل مدة تقادمه .

ويؤسس بعض الشراح هذه النتيجة ، على أساس من فكرة الأثر الرجعي لانقضاء الالتزام بالتقادم ؛ إذ يجعلون هذا الانقضاء من وقت بدء سريان التقادم وليس من وقت اكتمال مدته [1] . ومع ذلك يعودون فيستدركون من هذا الأثر الرجعي ، ما لو كان المدين قد سبق أن أوفى بجزء من الدين ، فلا يجيزون له استرداده ، مع أن مكنة هذا الاسترداد هي النتيجة المنطقية لفكرة الأثر الرجعي للتقادم . ولذلك نفضل – مع البعض الآخر – تأسيس سقوط ملحقات الالتزام مع سقوط أصله ، على أساس من فكرة تبعية الفرع للأصل [2] .

٥٤٦– غير أنه ، رغم انقضاء الالتزام بالتقادم ، إلا انه يتخلف عن هذا الانقضاء ، في ذمة المدين ، التزام طبيعي (م ١/٣٨٦) . وهو ما دعا البعض من الشراح إلى القول بأن التقادم يسقط من الالتزام عنصر المسئولية فيه فقط ، دون عنصر المديونية [3] ، [4] .

---

(١) في هذا المعنى : د. السنهوري ج٣ بند ٦٦٨ ، د. إسماعيل غانم بند ٢٨٩ ، د. الصده بند ٢٥٩ ، د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٤٣٥ ، وضمنا د. جميل الشرقاوي بند ١٣٦ .

(٢) د . عبدالمنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ١٩٧٣ ج ٢ (أحكام الالتزام) بند ٤٣٧ .

(٣) انظر في هذا المعنى : جوجلار بند ١١٦٣ ، د .إسماعيل غانم بند ٢٨٩ . ،

(٤) راجع – بوجه عام – في بسط تأصيل سقوط الدين بالتقادم : د . السنهوري ج ٣ البنود ٦٧٢ – ٦٧٤ (وهو يرى في البند ٦٧٤ أن التقادم يسقط كلا من الحق والدعوى التي تحميه) ، د . البدراوي ، رسالته سابقة الإشارة بند ٢٢٤ وما بعدها (وهو يرى في البند ٢٦٨ أن التقادم يسقط الدعوى فقط دون الحق) ، ومن الرأي الأخير=

إنما " يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاما طبيعيا ألا يكون مخالفاً للنظام العام . ولمّا كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه التزام طبيعي " . هذا ما أكدتــه – بحــق – محكمة النقض في أحد أحكامها ، وقد رتبت عليه أنه : " متي كان الحكم قــد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه ، بعد سقوطها بالتقادم ، يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعي لا يصح استرداده ، فإن هذا الحكــم يكــون قــد خــالف القانون " [(١)] .

مدد التقادم ، ومواعيد السقوط [(٢)] :

٥٤٧– وإلى جانب ما جعله المشرع لمضى المدة من أثر فى إســقاط الحقوق الشخصية (أو الالتزامات) [(٣)] على النحو الذى تقدم ، تستلزم كثير

= أيضاً : جوجلار بند ١١٨٧ ، كاربونيه بند ١٣٩ ص ٥٠٨ ، كولان وكابيتــان ودى لاموانديير بند ٣٧١ .

(١) نقض ١٩٥٥/٣/٢٤ المجموعة س ٦ ص ٨٦١ .

(٢) راجع فى هذا الخصوص :

VASSEUR (Michel) : Délai prefix, délai de prescription, délai de procédure . R .T 1950 P . 439 – 472 .

جوجلار ، تعليق على نقــض (جنــائى) ١٩٦٦/٥/١٧ (ج.ك.ب ١٩٦٦–٢–١٤٧٠٣) جوجلار وبونتافيس : تعليق على نقض ١٩٦٨/١١/٤ (ج.ك.ب ١٩٦٩–٢–١٥٨١٤ مكرر) ، كاربونييه مقال المجلة الفصلية ١٩٥٢ ســابق الإشــارة ص ١٧١–١٨١ ، جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ ، مارتى ورينو بند ٨٥٩ ، ســتارك بنــد ٢٤٩٤، ٢٥٠٣ ، وفى مصر السنهورى ، الوسيط جــ٣ للصــفحات مــن ١١٦٨ إلــى ١١٧٤ بند ٥٩٤ ؛ د . البدراوى رسالته سابقة الإشارة خاصة فقرة ٣٣ ومــا بعــدها ، وفقرة ٤٨ ، ومؤلفه : أحكام الالتزام ١٩٧٣ سابق الإشارة بند ٤٠٣ ، د . الصــده بنــد ٢٥٧ ، د .إسماعيل غانم بند ٢٩١ – ٢٩٢ .

(٣) وكذلك الحقوق العينية (عدا حق الملكية) كما سبق أن أشرنا .

من النصوص ضرورة القيام بإجراء معين ، وبالأخص رفع دعوى معينة ، خلال مهلة محددة ، وإلا سقط الحق فيه ، وكان اتخاذ هذا الإجراء بعد هذه المهلة عديم الأثر قانونا ، وذلك لا لحماية أوضاع استقرت ، كما هو الحال في التقادم ، وإنما بغية الإسراع في تصفية مراكز معلقة ، دون أن يكون الأمر – على العكس من التقادم – متعلقا بمطالبة دائن لمدينه بوفاء الدين [1] . ويقال لهذه المواعيد ، تمييزا لها عن مدد التقادم ، مواعيد السقوط Délai de déchéance ، أو المواعيد المحددة (أو المقطوعة) Délai préfix . وهي – في ضوء هدفها سابق التحديد – تتميز بأنها – على العكس من التقادم – لا تقبل أصلا الوقف ولا الانقطاع ، كما لا يجوز أصلا التنازل عنها ولو بعد ثبوت الحق فيها ، ويتعين على القاضي – أصلا – أن يراعيها من تلقاء نفسه . ومثالها : مدة السنة التي تستلزم المادة ١٢٩ مدني ضرورة أن يرفع ضحية الاستغلال دعوى إبطال العقد أو إنقاص التزاماته فيه [2] خلالها وإلا كانت غير مقبولة . وكذلك المدد التي تستلزم المواد ٩٤٠ وما بعدها – في خصوص الأخذ بالشفعة – ضرورة أن يعلن الشفيع فيها رغبته في الأخذ بها وإيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة ، وإلا سقط حقه فيها . ومدة الثلاث سنوات التي لا تجيز المادة ١/٩٧٧ بعدها للمالك الأصلي للمنقول المسروق أو الضائع أن يطالب باسترداده من تحت يد الحائز حسن النية الذي تملكه بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز .. الخ [3] .

---

(١) ولا بمطالبة صاحب حق عيني بحقه .

(٢) محسوبة – هذه المدة من يوم إبرام هذا العقد .

(٣) ومن أمثلتها الشهيرة في فرنسا : مدة العشر سنوات التي يلتزم المهندس المعماري والمقاول بضمان تهدم ما يشيدانه من مبان أو يقيمانه من منشآت ، أو ما يظهر خلالها فيها من عيوب تتهدد متانتها أو تجعلها غير صالحة للغرض المخصصة له . =

وكثيراً ما يدق – فى الواقع تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بمدة تقادم أو بميعاد سقوط . وقد تكشف عبارة النص فى بعض الأحيان عن نوع المدة التى قصدها المشرع [1] ، وإلا تعين فى هذا الشأن البحث عن الهدف المتوخى من تحديد المهلة ، أو كما عبرت محكمة النقض المصرية ، تعين البحث فى كل حالة على حدة « لمعرفة طبيعة البواعث التى دعت إلى تعيين المدة فيها »[2] . فإذا كان هذا الهدف هو وجوب الإسراع فى تصفية مراكز ليس من المصلحة بقاؤها معلقة مدة طويلة ، كان الأمر يتعلق بميعاد سقوط .

والملاحظ فى فرنسا أن القضاء فى الآونة الأخيرة ، بدأ يقلل من الفوارق بين مدد التقادم ومواعيد السقوط [3] . فقد قبلت بعض الأحكام وقف النوع الأخير من المواعيد متى كان قد استحال على الدائن ، إثر قوة قاهرة ، رفع الدعوى فى المهلة المحددة [4] . بل ورتب بعضها على رفع الدعوى خلالها انقطاع هذه المواعيد ، ولو كانت هذه الدعوى قد رفعت أمام محكمة

= انظر بحثنا سابق الإشارة إليه « مسئولية مهندسة ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى » بند٢٤٣ .

(١) ومع ذلك ، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التعبير Sous Peine de déchéance الذى يرد فى نص مادة ما ، فى شأن مهلة ، لا يعنى بالضرورة أن الأمر يتعلق بميعاد سقوط . انظر نقض ١٩٧١/٣/٢ (ج .ك .ب ١٩٧١ – ٤ – ١٠٣) .

(٢) نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ أشار إليه د . إسماعيل غانم ص ٤٥٦ هامش ١ ، وفى هذا المعنى أيضاً د . إسماعيل غانم بند ٢٩٢ ، جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ .

(٣) أشار إلى ذلك جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ .

(٤) انظر : نقض (عرائض) ١٩٤٦/١١/٢٥ (د . ١٩٤٨ – ٣٢١ وتعليق ج – هولو) ، (ر .ت ١٩٤٧ – ١٨٦ وتعليق لاجارد) ، وأنظر أيضا تعليق فوراران على نقض ١٩٥٥/١٢/١٣ (د . ١٩٥٦ – ١٩٣) ، وانظر فى تأييد هذا الاتجاه ، والتوصية بتعميمه : كاربونييه مقال المجلة الانتقادية ١٩٣٧ سابق الإشارة إليه .

غير مختصة [١] . والحل الأخير أخذت به أيضا محكمة النقض فى مصر فى بعض أحكامها [٢] .

تم بعون الله تعالى

(١) انظر : نقض ١٩٦٨/١١/٤ (ج ك ب ١٩٦٩ - ٢ - ١٥٨١٤ مكـرر) سابق الإشارة إليه ، نقض ١٩٥٦/١٠/١٧ (ر ت ١٩٥٧ - ١٧٥ وتعليق رينو) .

(٢) انظر نقض ١٩٥٣/١١/٥ أشار إليه د . إسماعيل غانم ص ٤٥٦ هامش ١ .

قائمة المراجع

أولاً – بالعربية

- **ابراهيم الدسوقي أبو الليل :**

  العقد غير اللازم (دراسة معمقة في الشـريعة الإسـلامية والقـوانين الوضعية) ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٤.

- **أحمد حشمت أبو ستيت :**

  نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى – ١٩٤٥ .

- **أحمد مرزوق :**

  فى نظرية الصورية فى التشريع المصرى – رسالة القاهرة ١٩٥٨

- **إسماعيل غانم :**

  النظرية العامة للالتزام جـ٢ (أحكام الالتزام والإثبات) – ١٩٦٧.

- **أنور سلطان :**

  النظرية العامة للالتزام جـ٢ (أحكام الالتزام) . بدون تاريخ.

- **برهام محمد عطا الله :**

  أساسيات نظرية الالتزام – ١٩٨٢ .

- **ثروت حبيب :**

  الالتزام الطبيعى (حالاته وآثاره) – ١٩٦١ .

- **جميل الشرقاوى :**

  النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الثانى (أحكام الالتزام) – ١٩٨٣ .

- **خالد ممدوح ابراهيم :**

  حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية ، دراسة مقارنة . ٢٠٠٧ .

- **سليمان مرقس :**

  – أحكام الالتزام – ١٩٥٧.

  – موجز أصول الالتزامات – ١٩٦١ .

- **سمير عبدالسيد تناغو :**

  نظرية الالتزام – ١٩٧٥.

- **شفيق شحاته :**

حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية – ١٩٥٤.

- **شمس الدين الوكيل :**

دروس فى الالتزامات – ٥٩-١٩٦٠ .

- **عبدالرازق حسن فرج :**

الإبراء من الالتزام (دراسة مقارنة) – ١٩٧٦.

- **عبدالرزاق أحمد السنهوري :**

١- الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد .

- الجزء/٢ (مجلد/١) : الإثبات.
- الجزء/٢ (مجلد/٢) : آثار الالتزام ١٩٥٦.
- الجزء/٣ (مجلد/١) : الأوصاف . الحوالة ١٩٥٨.
- الجزء/٣ (مجلد/٢) : انقضاء الالتزام.
- الجزء/٤ : البيع.
- الجزء/٤ : العقود التى تقع على الملكية (البيع والمقايضة) ١٩٦٠ .
- الجزء/٧ (مجلد/١) : العقود الواردة على العمل (المقاولة.....).
- الجزء/٧ (مجلد/٢) : عقود الغرر وعقد التأمين.

- **عبدالفتاح عبدالباقى :**

دروس . أحكام الالتزام (بدون تاريخ) .

- **عبدالمنعم البدراوى :**

- أثر مضى المدة فى الالتزام . رسالة القاهرة – ١٩٥٠.
- النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى والقانون المدنى المصرى) جـ ٢ أحكام الالتزام ١٩٦٨ .
- العقود المسماة (الايجار والتأمين) ١٩٦٨ .
- النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى جـ٢ أحكام الالتزام – ١٩٧٣ .

- **عبدالمنعم فرج الصده :**

أحكام الالتزام – ١٩٥٥.

- **عبدالناصر توفيق العطار :**

الأجل فى الالتزام . رسالة القاهرة – ١٩٦٤ .

- **عبدالودود يحيى :**
  - حوالة الدين . دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والمصرى . رسالة القاهرة ١٩٥٧ ط/١٩٦٠ .
  - دروس فى النظرية العامة للالتزامات . جـ (أحكام الالتزام والإثبات) ١٩٨٠ .

فتحي عبد الصبور :

الحكم بالحبس لدين النفقة (صدوره وطبيعته والإشكال فيه) بحث منشور بالمجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية ، العدد /٣ السنة ٦١ سبتمبر ١٩٦٤ ص ٨٩٩ وما بعدها

- **محمد السعيد رشدي :**

  التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة " مع التركيز علي البيع بواسطة التليفزيون " ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨

- **محمد شكري سرور :**
  - شرح أحكام عقد التأمين ، دار النهضة العربية ١٩٩٢.
  - مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي) . دار الفكر العربي ١٩٨٥
  - التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك بحث مقدم لمؤتمر " الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية " دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، أكاديمية شرطة دبي ، ٢٦ـ٢٨ إبريل ٢٠٠٣ ، منشور في مجلد بحوث المؤتمر ، الصادر عن مركز البحوث والدراسات بالأكاديمية ، مجلد ٢ ، الصفحات من ٩٩ ـ ١٥٦ .

- **محمد عباس السامرائى :**

  انتقال الالتزام بين الأحياء ، فى الفقه الإسلامى والقانون المقارن . رسالة كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر – ١٩٧٦ .

- **محمد عزمي البكري :**

  موسوعة الفقه والقضاء (الأحوال الشخصية ـ ج/٢) .

- **محمد لبيب شنب :**

  شرح أحكام عقد المقاولة طبعة ١٩٦٢ .

- محمد محمود فرة :

للحق فى الحبس كوسيلة للضمان – دراسة مقارنة بين القانون المـدنى والفقه الإسلامى . رسالة القاهرة ٢٠٠٧ .

- محمد يوسف موسى :

الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ١٩٥٢ .

- محمود جمال الدين زكى :

الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى. ط٣ – ١٩٧٨.

- مصطفى محمد الجمال :

الوجيز فى القانون المدنى (القانون بوجه عام . نشوء الالتزام . أحكام الالتزام) – بدون تاريخ .

- معوض عبد التواب :

مدونة القانون المدني الجزء الأول ١٩٨٧ .

- نبيلة رسلان :

عقد المقاولة ١٩٩١ .

- محيى الدين إسماعيل علم الدين :

شرح قانون التجارة الجديد طبعة ١٩٩٩ .

ثانياً - بالفرنسية

1- Théses et ouvrages generaux et speciaux

BOURGUIGNON (P) :

- Notion juridique de l'interposition de personne. Thèse Paris – 1960.

GARBONNIER :

Droit civil. T. 4 (les obligations) – 1969.

CATALA (Nicole) :

La nature juridique de payement – 1961.

COLIN (A) et CAPITANT (H) : avec le concours de. ***DE LA MORANDIERE*** :

Cours élémentaire de droit civil français. T 2 8 éd. 1935.

DAGOT (M) :

La Simulation en droit privé - 1967.

DE L'ISLE (G. B) .

Droit des assurances . 1973.

GAUDEMET (E) :

Théorie générale des obligation. publié par :

DEBOIS (H) et GAUDEMET (J) : 1965.

HAILLECOURT (Marcel) :

Des obligations solidaires en droit Allemand et en droit Français. Thèse Bordeaux – 1911.

JOSSERAND (L) :

Cours de droit civil positif français. T. 2, 2 éd. – 1933.

LAMBERT - FAIVRE (Yvonne) :

Droit des assurances. 1973.

MARTY (G) et RAYNAUD (P) :

Droit civil T/ 2 (1. er. Vo : les obligations) – 1962.

MAZEAUD (H.L.et.J) : par JUGLART (M. de) :

Leçons de droit civil. T. 2 5. éd. – 1973.

MAZEAUD (Denis) :

La notion de clause pénale. Paris L.G.D.J 1992

MENDEGRIS (Roger) :

La nature juridique de la compensation – 1969.

N. IOANID (Nicolas) :

De la solidarité imparfaite. Thèse Paris – 1902.

PICARD (M) et BESSON (A) :

Les assurances terrestres en droit français To: 1 3 éd 1970.

PILLEBOUT (J.F.) :

Recherches sur l'exception d'inexécution – 1971.

PLANIOL (M) et RIPERT (G) : avec el Concours de . *BOULANGER (J)* :

Traité élémentaire de droit civil T. 2, 3 éd. – 1949.

ROCHET (E) :

La simulation en droit civil et en droit fiscal Thèse Toulous – 1906.

STARCK (B) :

Droit civil (obligations) – 1972.

LAMBERT - FAIVRE (Yuonne) :

Droit des assurances. 1973.

PICARD(M) et BESSON (A) :

Les assurances terrestres en droit français To : 1 3 éd 1970.

2 .. Articles

ALFANDARI (Elie) :

Le control des clauses penales par le juge. J.C.P. 1971-1-doet-2395.

ALLIX (Dominique) :

Reflexions sur la mise en demeure. J.C.P. 1977-1-doct-2844.

BOCCARA (Bruno) :

La liquidation de la clause penale et la querelle seculaire de l'article 1231 du code civil J.C.P. 1970-1-doct-2294.

La réforme de la clause penale : Conditions et limites de l'intervention judiciaire. J.C.P. 1975-1-doct-2742.

BORE (Jacques) :

La liquidation de l'astreinte comminatiore. D 1966-chr-pp. 159-168.

BREDIN (j.d) :

Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, Rev. trim. 1956 pp. 261-289.

CALAIS – AULOY (Jean) :

L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats . Rev. trim. dr . civ 1994 p 244

CARBONNIER (J) :

- La règle : « Contra non valentem agree non currit praescription » . Rev. crit. 1937 pp. 155-194.

- Sort de l'hypothèque constitueé sur un immeuble faisant l'objet d'une promesse unilatérale de vente. Rev. trim. 1948 pp. 349-350 No. 3.

- Le silence et la gloire. D 1951-chr-pp. 119-122.

- Notes sur la prescription extinctif. Rev. trim. 1952. pp. 171-181.

CATALA – FRANJOU (Nicole) :

De la nature juridique de droit de rétention. Rev. trim. 1967 pp. 9-44.

CHABAS (F) :

- Rèflexion sur la compensation judicairire. J.C.P. 1966-1-doct-2026.

- Remarques sur l'obligation in solidum. Rev. trim. 1967- pp. 310-338.

- La réforme de la clause penale (Loi no 75-597 du 9 juillt 1975). D. 1967-chr- pp. 229-236.

CHAUSSE (A) :

- De la rétroacticité. Dans les actes juridiques. Rev. crit. 1900 pp. 529-547.

CHEVALLIER (Jean) :

- L'obligation alternative. Rev. Trim. 1967 pp. 384-385 No. 3.

- L'article 1152 du code civil Rev. trim. 1969 pp. 116-120 No. 2.

DAGOT (m) :

interposition de personne (Ency. D) T. 4.

DAVID (François) :

De la mise en demeure. Rev. crit. 1939 pp. 95-140.

DEMOGUE (René) :

A qui appartient le choix dans les dettes alternatives. Rev. trim. 1929 p. 1092 No. 16.

DERRIDA (F) :

De la solidcrité commerciale. Rev. trim. Comm. 1953 pp. 329-372.

DRAKIDIS (ph) :

Des effets à l'égard des tiers de la renunciation à la Compensation acquise. Rev. trim. 1955. p. 238.

ESMEIN (A) :

L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. Rev. trim. 1903 pp. 5-53.

ESMEIN (Paul) :

- Les astreints. Leurs nouvelles applications. G.P. 1941-1-doct- pp. 81-83.

- La commercialization du dommage morale. D. 1954 – chr – pp. 113-116.

FREJAVILLE (M) :

L'astreinte, D. 1949 chr – pp. 1-4.

GEBLER (Marie .. joséphe) :

Les obligations alternatives. Rev. trim. 1969 pp. 1-28.

GEGOUT :

Essai sur la rétroactivité conventionnelle. Rev. crit. 1931 p. 253 et s.

GHESTIN (J) :

Eney. D. sous (Simulation).

HEBRAUD (p) :

Les pouvoires du juge des référés pour l'éxécution des decisions d'expulsion. Rev. trim. 1950 p. 88 No. 5.

JAMBU - MERLIN (R) :

Essai sur la rértocativité dans les actes juridiques. Rev. trim. 1948 pp. 271-299.

JAUBERT (M) :

De divers cas d'interposition de personne. Rev. crit. 1905 p. 156-175.

J. BOULANGER :

Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques. Rev. trim. Pp. 1-17.

JOSSERAND (Louis) :

L'avènement du concubinat. D. H. 1932 – chr – pp..45-51.

KAYSER (P) :

- La solidarité au cas de fautes. Rev. crit. 1931 pp. 197-224 .

- L'astreinte judiciaire et la responsabilité civil. Rev. trim. 1953 pp. 209-246.

LELOUTRE (Amédée) :

Des cas d'existence et des effets de la condition, Rev. crit. 1912 pp. 232-244 et 291-302.

LOUSSOUARN (Yvon) :

- La condition de l'erreur du «Solvens» dans la répetition de l'indû. Rev. trim. 1949 pp. 212-230.

- Conséquences de la rétroactivité de la condition suspensive. Rev. trim. 1969 p. 564 No. 13.

- De la distinction du terme et de la condition. Rev. trim. 1970 pp. 768-769 No. 13.

MALINVAUD (Ph) :

La protection des consommateurs D 1981- chro – 49 .

MANDE .. DJAPOU (j) :

- La notion étroite du droit de rétention. J.C.P. 1976-1- doct – 2760.

MAZEAUD (Henri) :

- Obligation conditionnelle. Condition potestative. Rev. trim. 1939 pp. 225-226 No. 7.

- La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsebilité civile. D. 1954- chr – pp. 39-44.

MAZEAUD (H. et L.) :

- L'action paulienne peut – elle être exerceé par un créancier contre un acte antérieur à sa créance ? Rev. trim 1943 pp. 190-191 No. 9.

- Action paulienne : Complicité du tiers; action en responsabilité civile. Rev. trim. 1948 pp. 345-346 No. 27.

- Astreint : liquidation acant l'exécution. Rev. trim. 1951 pp. 256-258.

- Astreint prononcée par la juridiction administrative contre le cocontractant de l'administration. Rev. trim 1956 p. 730 No 44.

- Action oblique : inutilité d'un titre exécutoire. Rev. trim. 1958 P. 262 No 38.

MAZEAUD (Léon) :

L'évaluation de préjudice et la hausse des prix en cours d'instance. J.C.P. 1942-1-doct-275.

MEURISSE (R) :

Le decline de l'obligation in solidum. D. 1962- chr – pp. 243-246.

MONTEL (Alberto) :

Considération en matière de réforme de la prescription. Rev. trim 1936 pp. 637-648.

PAISANT (Gills) :

La loi du 6 janv. 1978 sur les opérations de vente à distance et le télé –

achat J.C.P 1988 – doc – 3350

PIERRARD (Marie Jeanne) :

Les procédés de preuve du paiement. Rev. trim. 1948 pp. 429-447.

PLANIOL (M) :

De l'action en déclaration de simulation. Rev. crit. 1886 p. 622-642.

RASSAT (Michèle - Laure) :

L'astreinte définitive. J.C.P. 1967-1- doct – 2069.

RAYNAUD (Pierre) :

- La renonciation à un droit R.T. 1936 p. 763 et s.

- Saisie – arrêt; Saisie – execution : ces voies d'exécution sont – elles possibles à propos d'une a streinte non loquidée ? Rev. trim. 1950 p. 403 No 28.

RIPERT :

Le droit de ne pas payer ses dettes, D. H 1936 – chr – p. 57 et s.

TUNC (André) :

Astreinte provisoire et astreinte definitive. Rev. trim. 1961 p. 502 No 31.

VASSEUR (Michel) :

Délai préfix; délai de prscription, délai de procédure. Rev. trim. 1950 pp. 439-472.

VINCENT (Jean) :

L'extension de la jurisprudence de la notion de la solidarité passive. Rev. trim. 1939 pp. 601-683.

VITU (André) :

Subrogation légale et droit des assurances. Rev. gén. Des. Ass. Terr. 1946 pp. 231-260.

WEILL (Alex) :

Dommages – intérêt compensatoires et mise en demeure. Rev. crit. 1939 pp. 203-266.

3- Notes de jurisprudence

AUBERT (Jean .. Luc) : *sous* :

- civ. 1/6/1983 D 1984-J-152.

- com. 20/7/1983 D 1984-J-422.

BALLEYDIER (L) :

civ. 5/4/1894 S 1895-1-129.

BECQUE (M) :

civ. 10/4/1948 J.C.P. 1948-2-4403.

BEQUIGNON (ch) :

Paris 24/7/1928 S 1929-2-97.

BESSON (A) :

Lyon 2/3/1943 R.G.A.T. 1943-246.

Civ 5/3/1945 D 1946-1.

BLAEVOET (ch) :

civ. 30/6/1964 (2 esp) J.C.P. 1965-2-14162.

BLONDEAU :

Tr. civ. Seine 4/10/1954 G.P. 1954-2-343.

BOCCARA (Bruno) :

Paris 29/6/1964 J.C.P. 1965-2-14135.

BREAU (chr) :

Toulouse 19/10/1960 D 1962-96.

BRETON (André) :

civ. 14/12/1983 D 1984-J-310.

BRICOUT :

(Rapport) : Req. 17/7/1929 D 1929-1-143.

CHABAS :

com. 21/7/1980 D 1981-335.

COMBALDIEU :

(conclusion) : Paris 11/3/1957 G.P. 1957-1-324.

DAGOT (M) et SPITERI (P) :

Amiens 12/1/1970 J.C.P. 1971-2-16872.

DALANT (R.) :

Paris 23/7/1937 J.C.P. 1938-2-492.

DEBOIS (H) :

Civ. 27/2/1951 D 1951-J-329.

E. K :

Civ. 30/6/1965 G. P. 1965-2-329.

ESMEIN (Paul) :

Civ. 16/1/1962 J.C.P. 1962-2-12557.

FABRE :

(Conclusion) : T.g.i. Paris 3/7/1968 J.C.P. 1968-2-15569.

FLOUR (J) :

civ. 22/2/1944 D 1945-J-293.

FOULON - PIGANIOL (c.i.) :

civ. 16/1/1962 S 1962-281.

FREJAVILLE (M) :

soc. 30/11/1950 J.C.P. 1951-2-6089.

GAVALDA (ch) :

- Paris 25/7/1968 J.C.P. 1968-2-15637.
- Paris 23/1/1970 J.C.P. 1971-2-16837.

GHESTIN (J) :

- T.g.i. Nice 24/10/1970 J.C.P. 1971-2-16866.
- civ. 15/1/1980 D 1981-i.r.-312.

G. HOLLEAUX :

- Req. 25/11/1946 D 1948-321.
- civ. 20/10/1959 D 1959-537.

GORE (F) :

Valence 14/12/1960 D 1961-610.

G. PARLEANI :

Com. 30/6/1980 D 1982-J-53.

H. A. :

Paris 2/12/1926 D 1927-2-117

HAMEL (M) :

Req. 20/10/1920 S 1922-1-201.

HAURIO (M) :

C.E. 15/11/1922 S 1924-3-33.

H. B. :

civ 22/5/1967 et Paris 11/3/1967 J.C.P. 1968-2-15334.

H. L. :

Paris 21/5/1946 D. 1946-403.

HONORAT (A) :

Civ. 26/1/1981 D. 1982-J-1.

HUBERT :

civ. 13/4/1923 S. 1926-1-17.

J. A. :

- civ. 1/2/1965. J.C.P. 1965-1-14187.
- civ. 18/1/1967 J.C.P. 1967-15005.

J. E. L. :

Seine. 9/1/1879 S. 1881-2-21.

J. M. R. :

Crim. 11/4/1983 D. 1984-I.r.-400.

JUGLART (De. Michel) :

crim. 17/5/1966 J.C.P. 1966-2-14703.

JUGLART (De) et PONTAVICE (E) :

civ. 4/11/1968 J.C.P. 1969-2-15814 bis.

LABBE (J. E) :

civ 30/3/1892 S 1892-1-481.

LAMAND (F) :

Civ. 8/6/1963 D. 1964-713.

LANDRAUD (D) :

Lyon 20/4/ et 25/2/1982 D. 1983-J-586.

LARROUMET (Ch) :

- T.g.i Strasbourg 24/3/1971 D. 1973-16.
- Paris 19/3/1981 D. 1981-I.r-443.
- Civ. 19/1/1982 D. 1982-J-457.

LENOAN (R) :

Civ. 10/4/1948 D. 1948-421.

LEVY (J.Ph) :

Civ. 10/10/1966 J.C.P 1968-2-15322.

LINDON (R) :

T. g. i Paris 31/1/1984 D. 1984-J-283.

LOUSSOUARN :

- Civ. 3/10/1968. Rev. trim. 1969-564.
- Com. 3/6/1969. R.T. 1970-351.
- T.g.i. Strasbourg 24/3/1971. R.T. 1972-777.

L. P. :

Civ. 5/3/1945 J.C.P. 1945-2-2798.

LYON - CAEN (Ch) :

Req. 8/7/1901 S. 1902-1-113.

MAGNOL (J) :

Limoge 14/10/1910 D. 1911-2-393.

MALAURIE (Ph) :

civ. 17/1/1984 D. 1984-J-437.

MARTIN (D) :

- civ. 24/2/1981 D. 1982-479.
- civ. 11/1/1984 D. 1984-I.r-275.

MAZEAUD (Henri et Léon) :

- Paris 5/2/1943 R. T. 1944-117.
- Lyon 2/3/1943 R.T. 1944-38.
- Civ. 5/3/1945 R.T. 1946-36.

MAZEAUD (Jean) :

- Civ. 18/1/1967 D. 1967-358.
- Civ. 4/2/1969 D. 1969-601.

MATHIOT (A) :

C. E 28/7/1951 S. 1952-3-25.

MEURISSE (R) :

Tr. civ. Cherbourg 4/12/1950 S. 1953-2-9.

MIMIN (P) :

Req. 21/6/1937 D. 1938-1-28.

MOURGEON (L) :

Civ. 30/4/1970 J.C.P 1971-2-16674.

M. P. :

Civ. 14/3/1900 D. 1900-1-497.

NAST (Marcel) :

Montpellier 7/7/1932 D. 1933-2-97.

PIC (Paul) :

Aix 19/4/1928 D. 1930-2-17.

PIERRON (J) :

Civ. 7/2/1968 J.C.P 1968-2-15600.

PIERRE .. MAZEAUD :

Paris 16/2/1961 J.C.P 1961-2-12146.

PLANIOL (Marcel) :

Civ. 30/3/1892 D. 1892-1-281.

P. M. :

Req. 20/10/1920 D. 1920-1-161.

PONSARD (A) :

Civ. 29/6/1948 D. 1949-129.

POULAIN (G) :

Civ. 27/5/1970 J.C.P. 1971-2-16675.

PRIEUR (R) :

- Poitièrs 10/10/1967 J.C.P. 1968-2-15544.
- Civ. 25/10/1968 J.C.P. 1969-2-16062.
- Civ. 7/3/1969 J.C.P. 1970-2-16461.

RADOUANT (J) :

- civ. 4/3/1931 D. 1933-1-73.
- Paris 23/7/1937 D. 1939-2-81.
- Civ. 14/5/1952 D. 1953-625.

RAU (Le Conseiller) :

(Rapport) : Civ 14/3/1900 D. 1900-1-497.

RODIERES (R) :

Civ. 16/1/1962 D 1962-199.

SAVATIER (R) :

- Civ. 29/2/1956 J.C.P. 1956-9263.
- Civ. 8/6/1963 J.C.P. 1965-2-14087.

VASSEUR :

- Civ. 15/10/1980 D 1981-J-348.

VELLIEUX (P) :

Civ. 17/1/1956 J.C.P. 1956-2-9330.

VERDIER (J.M) :

Paris 29/11/1962 D 1962-649.

VIALLETON (H) :

civ. 2/1/1924 S 1924-1-169.

VOIRIN (Pierre) :

- civ. 13/12/1955 D 1956-193.
- civ. 13/2/1963 D 1963-316.

VOISIN :

(Rapport) : Req 21/4/1896 D 1896-1-484.

WEILL (A) :

Civ. 20/6/1938 D 1939-1-26.

فهرس

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

للمؤلف(*)

المؤلفات العامة :

١- نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية . دار الفكر العربي ١٩٧٨ ٣٧٥ صفحة

٢- النظرية العامة للحق دار الفكر العربى ١٩٧٩ ٣٣٦ صفحة

٣- الأحكام العامة للالتزام دار الفكر العربى ١٩٨٤ ٣٨٣ صفحة

٤- أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية دار الفكر العربى ١٩٨٦ ٢٠٠ صفحة

٥- الأحكام العامة لعقد التأمين دار الفكر العربى ١٩٨٦ ١٤٠ صفحة

٦- النظرية العامة للقانون دار الفكر العربى ١٩٨٧ ٣٨٤ صفحة

٧- شرح أحكام عقد التأمين دار النهضة العربية ١٩٩٢ ٣٧٦ صفحة

٨- شرح قانون الإثبات الكويتي [مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر ، بحقوق الكويت] ١٩٩٤ ٢٤٠ صفحة

٩- موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي [مطبوعات لجنة التأليف والتعريب والنشر بجامعة الكويت] ١٩٩٤ ٤٤٤ صفحة

١٠- شرح أحكام عقد البيع دار النهضة العربية ١٩٩٧ ٦٤٣ صفحة

١١- موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري ١٩٩٩ ٤٢٠ صفحة

الأبحاث المتخصصة :

١- سقوط الحق في الضمان (دراسة في عقد التأمين) دار الفكر العربي ١٩٨٠ ٢٩٦ صفحة

(*) فضلاً عن رسالة الدكتوراه والمؤلف الحالى.

٢- الصورية بطريق التوسط دار الفكر العربى ١٩٨١ ١١٧ صفحة

٣- مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاتــه الخطــرة دار الفكــر العربى ١٩٨٣ ١٠٩ صفحة

٤- مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد دار الفكر العربـــى ١٩٨٣ ١٦٠ صفحة

٥- مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتــة الأخــرى دار الفكــر العربى ١٩٨٥ ٥٢٤ صفحة

[ملحوظة : حاز هذا المؤلف جائزة الدولة في القانون المدني]

٦- التأمين ضد الأخطار التكنولوجية دار الفكر العربى ١٩٨٦ ١٩١ صفحة

٧- تأصيل أحكام الكفالة العينية دار الفكر العربى ١٩٨٦ ١٠٨ صفحة

٨- مدي إمكانية التأمين ضد الظواهر الطبيعية (مجلــة القســطاس ، حقــوق الإمارات العربية)

٩- تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية مجلة الحقــوق ، حقــوق الكويت ١٩٩٣

10- La responsabilité civile de constructeurs

بحث بالفرنسية منشور بباريس في

Travaux de l` association Hénri CAPITANT . To : XL 11 1999
(Ouvrage publié avec le concours du CNRS . p 71 et s

١١- أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا . مجلة الحقوق ، حقوق الكويت ١٩٩٤ ٦٠ صفحة

١٢- التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك : بحث مقــدم لمــؤتمر " الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية " دبي ، الإمارات العربيــة المتحدة ، أكاديمية شرطة دبي ، ٢٦ــ٢٨ إبريل ٢٠٠٣ ، منشور في مجلد بحوث المؤتمر ، الصادر عن مركز البحوث والدراســات بالأكاديميــة ،

مجلّد ٢ ، الصفحات من ٩٩ ــ ١٥٦ .

١٣- مشكلات المسئولية المدنية المتعلقة بالوديعة الفندقية ، بحث مقدم لمؤتمر " الجوانب القانونية والأمنية لصناعة السياحة " ، أكاديمية شرطة دبي ٤ــ٦ إبريل ٢٠٠٥ ، ٦٣ صفحة

١٤- الإيجار المنتهي بالتملك (البيع الايجاري) بحث مقدم لمؤتمر " الجوانب القانونية للعمليات التمويلية " كلية الحقوق جامعة الكويت ١٣ــ١٤ مارس ٢٠٠٥ ، ٢٢ صفحة

١٥- الالتزام بالإعلام بوقوع الخطر ، بحث مقدم لندوة " التأمين والقانون " المنعقدة بكلية الحقوق ــ جامعة الشارقة في المدة من ١٤ــ١٥ مايو ٢٠٠٣ ، منشور في : كتاب الوقائع ، من إصدارات مركز البحوث والدراسات ، النشر العلمي بجامعة الشارقة ، سنة ٢٠٠٤ ، الصفحات من ٧٣ ــ ٩٨

١٦- مشكلات المسئولية المدنية عن تلوث البيئة وأنظمة ضمان هذه المسئولية " بحث مقدم لمؤتمر " القانون والبيئة " جامعة عدن ٢٢ــ٢٣ فبراير ٢٠٠٤ (اليمن) (تحت النشر)

١٧- مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدنيا ، دراسة مقارنة في القوانين : المصري والإماراتي والفرنسي . بحث مقدم لمؤتمر (مسئولية المهنيين) جامعة الشارقة ٣-٥/٤/٢٠٠٤ (قيد النشر)

رقم الإيداع
٢٠٠٨/٥٢٨٣
الترقيم الدولى
٧ ــ ٥٦٠٥ ــ ٠٤ ــ ٩٧٧ ــ ١٩٧٨



النور للطباعة
٠١٨٠٣٤٠٢٥٠